CARL SCHMITT

Gesammelte Schriften 1933–1936

CARL SCHMITT

Gesammelte Schriften 1933–1936

mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs



Duncker & Humblot · Berlin

Veröffentlicht unter Mitwirkung
des wissenschaftlichen Beirats
der Carl-Schmitt-Gesellschaft e.V.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISBN 978-3-428-15762-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55762-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

Internet: http://www.duncker-humblot.de

Vorbemerkung

Nachdem der Reichstag am 24. März 1933 das „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich“ (sog. Ermächtigungsgesetz) verabschiedet und damit die Grundrechte der Weimarer Verfassung weitgehend außer Kraft gesetzt hatte, war der Weg in die Diktatur frei. Der Staats- und Völkerrechtler Carl Schmitt stellte sich sofort auf den Boden der neuen Tatsachen und entfaltete insbesondere in der Zeit von 1933 bis 1936 eine umfangreiche publizistische Tätigkeit mit dem Ziel, das NS-Regime staats- und völkerrechtlich zu untermauern. Die in diesem Zeitraum veröffentlichten unselbständigen Aufsätze und Artikel sind in dem vorliegenden Dokumentationsband wiederabgedruckt, ergänzt um die selbständigen, nicht wieder neu aufgelegten Monographien „Das Reichsstatthaltergesetz“, „Staat, Bewegung, Volk“ und „Nationalsozialismus und Völkerrecht“. Später erschienene Titel sind nur berücksichtigt worden, sofern sie nicht in dem Band „Positionen und Begriffe“ (1940) und in den beiden von Günter Maschke besorgten Sammlungen der völkerrechtlichen Arbeiten Schmitts, „Staat, Großraum, Nomos“ (1995) und „Frieden oder Pazifismus“ (2005), vorliegen. Alle weiteren selbständigen Monographien aus der Zeit von 1933 bis 1943 wurden nachgedruckt und sind daher ebenfalls hier nicht enthalten.

Nicht aufgenommen sind Berichte über Vorträge Schmitts und Wiederabdrucke seiner Beiträge oder nicht von ihm mit Namen gekennzeichnete. Das gilt ebenfalls für Texte, die bis März 1933 im Druck erschienen sind, aber davor verfasst wurden.

Die Reihenfolge richtet sich nach den Veröffentlichungsterminen; sofern bei Vorträgen Angaben zum Zeitpunkt des Vortrags bekannt sind, sie aber erst später im Druck vorliegen, werden sie im Anhang erwähnt.

Den Band beschließen Hinweise zu einzelnen Schriften und eine Bibliographie aller Werke Schmitts in dem genannten Zeitraum.

Berlin, im März 2021

Für die	Für den Verlag
Carl-Schmitt-Gesellschaft e. V.	Duncker & Humblot
Gerd Giesler	Florian Simon

Inhaltsverzeichnis

Carl Schmitt

Gesammelte Schriften 1933–1936

mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs

1. Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933

Deutsche Juristen-Zeitung, 38. Jg., H. 7, 1. April 1933, Sp. 455–458

I. *Kennzeichnende Besonderheiten dieses Gesetzes*. Das aus der Initiative des Reichstags (VIII. Wahlperiode Drucks. Nr. 6 v. 21. März 1933) hervorgegangene verfassungsändernde Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich ist im Vergleich zu früheren Ermächtigungsgesetzen nur uneigentlich ein Ermächtigungsgesetz. Es ist nicht nur ein Gesetz mit besonders weitgehender Ermächtigung und Ausschaltung der sonst bei solchen Gesetzen üblichen Mitwirkung und Kontrolle von Ausschüssen (des Reichstags oder Reichsrats), sondern unterscheidet sich in dreifacher Hinsicht grundlegend von allen bisher üblichen Beispielen einer gesetzgeberischen Delegation.

Zunächst wird ein neuer Reichsgesetzgeber geschaffen, der nicht nur Rechtsverordnungen erläßt, sondern auch Reichsgesetze im formellen Sinne schafft. Damit ist der überlieferte Gesetzesbegriff des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates, für welchen die Mitwirkung der Volksvertretung zum Begriff des Gesetzes gehörte, überwunden. Ein Wendepunkt von verfassungsgeschichtlicher Bedeutung! Das heutige deutsche Verfassungsrecht kennt also neben dem Reichstag und dem Volk und neben dem außerordentlichen, im Wege der Notverordnungen Reichsrecht schaffenden Gesetzgeber des Art. 48 Abs. 2 noch einen weiteren Gesetzgeber, die Reichsregierung. Sie kann jeden, auch jeden streng formalen Gesetzesvorbehalt der Verfassung ausfüllen. Daß in Art. 1 Abs. 2 die finanzgesetzlichen Vorbehalte des Art. 85 Abs. 2 und 87 RVerf. ausdrücklich genannt sind, bedeutet nur eine vielleicht nicht unbedingt notwendige, aber immerhin auch nicht schädliche Vorsicht gegenüber den auch heute noch verbreiteten Vorstellungen eines liberalen Konstitutionalismus, wie sie namentlich von *Kühnemann* und *Joh. Heckel* in der Frage der Kreditermächtigung durch Diktatur V. (zu Art. 87) gegen die Reichsregierung geltend gemacht wurden.

Die zweite kennzeichnende Besonderheit des neuen Gesetzes liegt darin, daß die Reichsregierung Verfassungsgesetze im formellen Sinne erlassen kann, die neues, von dem bisherigen Verfassungsrecht abweichendes materielles Verfassungsrecht schaffen. Die Reichsgesetze, zu denen sie nunmehr befugt ist, können auch Reichsverfassungsgesetze sein, denn das neue Gesetz spricht von Reichsgesetzen schlechthin, und durch Art. 3 wird mit den dort genannten, gegenüber den Regierungsgesetzen nicht anwendbaren Verfas-

sungsbestimmungen (Art. 68–77) auch Art. 76 betroffen. Wenn Art. 2 davon spricht, daß die Reichsregierung von der RVerf. *abweichen* kann, so ist das nicht einfach dasselbe, wie die Ermächtigung des Gesetzes v. 13. Okt. 1923, RGBl. I S. 943, nach welcher die V.en der Reichsregierung von den Grundrechten der RVerf. „abweichen" durften. Es handelt sich heute nicht nur um die Befugnis zu Durchbrechungen verfassungsgesetzlicher Bestimmungen im Einzelfall, sondern auch um die viel weitergehende Befugnis, neue Verfassungsgesetze zu erlassen, die an die Stelle bisheriger Verfassungsgesetze treten. Der Reichsreg. wird ein Stück verfassungsgesetzgebender Gewalt übertragen. Es wird sich empfehlen, daß die Reichsreg., wenn sie verfassungsgesetzliche Neuregelungen beabsichtigt, das in der Einleitungsformel zum Ausdruck bringt, während bei Abweichungen im Einzelfall (Durchbrechungen) ohne Änderungsabsicht, z.B. bei einem nur für den Einzelfall gedachten Eingriff in wohlerworbene Beamtenrechte (Art. 129) eine ausdrückliche Erwähnung und Aufzählung aller betroffenen verfassungsgesetzlichen Bestimmungen nicht verlangt werden kann.

Endlich zeigt die Übertragung der außerordentlichen Befugnisse auf die Reichsreg. auch rechtslogisch eine ganz andere Struktur, als sie typischen Ermächtigungsgesetzen entspricht. Es wird nicht, wie sonst, der Rahmen der Ermächtigung irgendwie abgrenzbar und meßbar inhaltlich umschrieben, sondern eine inhaltlich unbegrenzte Ermächtigung für vier Jahre unter *Vorbehalten* erteilt. Neben der Schaffung eines neuen Reichsgesetzgebers und der Übertragung verfassungsgesetzgebender Gewalt ist diese rechtslogische Besonderheit der Ermächtigungsstruktur sowohl für die Auslegung des Gesetzes wie auch für die Frage etwaiger Nachprüfungsmöglichkeiten von entscheidender Bedeutung.

II. *Rechtsgrundlagen des Gesetzes*. Das Gesetz beruht zunächst formal auf Art. 76 RVerf. Nach der herrschenden, insbes. von *Anschütz* vertretenen Auslegung des Art. 76 hat die Befugnis zur Verfassungsänderung überhaupt keine Grenzen. Auf das Problem der Grenzen des Art. 76 braucht deshalb hier nicht eingegangen zu werden. Gegenüber einem Akt der verfassungsgesetzgebenden Gewalt ist übrigens bisher von keiner Seite ein Nachprüfungsrecht in Anspruch genommen worden.

Das neue Gesetz ist aber außerdem ein Ausdruck des Sieges der nationalen *Revolution*. Gegenüber dieser geschichtlichen Tatsache kommt der berühmte Satz des RG. (RGZ. 100 S. 27), daß „die Rechtmäßigkeit der Begründung kein wesentliches Merkmal der Staatsgewalt" ist, zu einer dem RG. damals, im Jahre 1920, vielleicht nicht ganz bewußt gewordenen Geltung. Wenn die Gerichte schon zugunsten der neuen Mächte des Zusammenbruchs von November 1918 diesen Standpunkt einnahmen, muß der gleiche Gesichtspunkt erst recht und in weit höherem Maße zugunsten einer nationalen Revolution und der gegenwärtigen Staatsgewalt gelten.

Eine dritte Grundlage findet der neue Rechtszustand im *Staatsnotrecht*. Darauf nimmt die Überschrift des Gesetzes Bezug.

III. *Vorbehaltene Institutionen und Rechte*. Art. 2 des Gesetzes nimmt „die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche“ von der neuen Gesetzgebungsbefugnis aus. Damit ist eine neue Art institutioneller Garantie geschaffen. Es sind nicht die einzelnen verfassungsgesetzlichen Befugnisse des Reichstags – außer seinem Gesetzgebungsrecht – vorbehalten. Auch Art. 54 (Mißtrauensbeschlüsse) kann durch eine andere Regelung ersetzt werden. Selbst weitgehende verfassungsgesetzliche Änderungen des Wahlrechts, mögen sie gegenüber dem bisherigen verfassungsgesetzlich festgelegten Wahlrecht noch so einschneidend sein, heben die Einrichtung des Reichstags als solche nicht auf, solange der Reichstag eine Volksvertretung und eine gesetzgebende Körperschaft ist. Nach den Entstellungen der verfassungsmäßigen Einrichtung des Reichstags, wie sie der pluralistische Parteienstaat herbeigeführt hat, ist es gerade eine Hauptaufgabe der Verfassungsreform, wieder einen Reichstag und eine Volksvertretung zu schaffen, der diesen Namen verdient. Ebensowenig wie der Vorbehalt der Institution des Reichstags eine gründliche Wahlreform, verhindert der Vorbehalt der Institution des Reichsrats eine gründliche Reichsreform. Die Reichsreg. hat auf Grund des neuen Gesetzes z. B. alle Möglichkeiten, die einem verfassungsändernden Gesetz auf Grund des Art. 18 RVerf. offenstehen.

Ganz anderer Art ist der Vorbehalt der Rechte des Reichspräsidenten. Hier wird nicht eine Institution als solche, sondern der status quo aller gegenwärtigen verfassungsgesetzlichen Bestimmungen vorbehalten. Darunter fällt z. B. das außerordentliche Gesetzgebungsrecht des Art. 48, das Begnadigungsrecht, der Oberbefehl, das Recht, Beamte zu ernennen, den Reichstag aufzulösen, den Reichskanzler zu ernennen und zu entlassen usw.

IV. *Träger* der außerordentlichen Befugnisse ist nach Art. 5 die „gegenwärtige Reichsregierung“, solange sie nicht „durch eine andere abgelöst“ wird. Daß personale Einzelveränderungen in der Mitgliedschaft des Reichskabinetts weder eine „Ablösung“ noch eine „andere“ Regierung bewirken, steht außer Zweifel. Andererseits erhebt sich die Frage, worin die *Identität* der gegenwärtigen Regierung besteht. Hier ist zunächst die politische Führung durch den Reichskanzler das entscheidende Merkmal. Die gegenwärtige Regierung wird durch ihren *Führer* wesentlich bestimmt. Sie ist allerdings außerdem durch eine Reihe anderer Merkmale gekennzeichnet: das Vertrauen des Reichspräsidenten, die Beteiligung von Männern, die in dem plebiszitären Vertrauensvotum der Wahl des 5. März mit eingeschlossen waren, und die Mitarbeit von Fachministern (Reichsfinanzministerium und Reichswehrministerium), deren Ersetzung durch reine Parteileute den politischen Charakter der gegenwärtigen Reichsregierung verändern würde. Wie weit neben

der Ablösung des politischen Führers eine Änderung dieser Bestandteile der gegenwärtigen Reichsregierung ihre Identität berührt oder gar aufhebt, ist eine politische Frage, die sich nicht im voraus und unabhängig von der Situation beantworten läßt. Jedenfalls handelt es sich bei dem neuen Gesetz um eine ganz andere Art von Regierung und infolgedessen auch von Identität dieser Regierung, als bei dem Ermächtigungsgesetz vom 13. Okt. 1923, das „mit dem Wechsel der derzeitigen Reichsregierung oder ihrer parteipolitischen Zusammensetzung“ außer Kraft treten sollte. Die Formulierung von 1923 ist ein charakteristischer Ausdruck des damaligen pluralistischen Parteienstaates, seiner labilen Parteikoalitionen und seines täglichen Handels um Existenzfragen von Volk und Reich. Die heutige Regierung dagegen will der Ausdruck eines national einheitlichen, politischen Willens sein, der den staats- und verfassungszerstörenden Methoden des bisherigen Mehrparteienstaates ein Ende zu machen sucht.

Ungeheuer sind die Aufgaben, die mit den neuen Machtmöglichkeiten bewältigt werden müssen, ungeheuer auch die Verantwortung vor dem deutschen Volk und seiner Geschichte. Hüten wir uns davor, mit der Sophistik des alten Parteienstaates die Rechtsgrundlagen des neuen Staates zu untergraben. Mit dem Staat wird auch das Staatsrecht und die Staatsrechtslehre gereinigt und erneuert werden müssen.

2. Das Reichsstatthaltergesetz

Heft 3 der Schriftenreihe „Das Recht der nationalen Revolution".
Herausgegeben von Dr. *Georg Kaisenberg* und Dr. *Franz Albrecht Medicus.*
Carl Heymanns Verlag, Berlin 1933, 2. Aufl. 1934

Inhalt

Vorwort

Die deutsche Revolution hat in wenigen Tagen ein Stück Reichsreform geschaffen, das viele Jahrhunderte innerstaatlicher Zerrissenheit überwindet. Was nicht einmal im Jahre 1871 nach einem siegreichen Krieg erreicht werden konnte, daß nämlich das Deutsche Reich auch der deutsche Staat ist, kann jetzt politische Wirklichkeit werden. Was nach dem Zusammenbruch des November 1918 in der Weimarer Verfassung versäumt und durch die Schwäche eines in diese Verfassung sich einnistenden „Parteienbundesstaates" noch weiter verdorben wurde, läßt sich jetzt heilen und wiedergutmachen. Ein halbes Jahrtausend hindurch haben Reichsreformpläne aller Art die Auflösung des Reiches hilflos begleitet, mit Anläufen und Versuchen, deren Einzelheiten in Vergessenheit geraten sind, deren man sich aber im Ganzen nur noch als traurige Wegzeichen des Verfalls erinnert. Auch in dem Jahrzehnt, das unmittelbar hinter uns liegt, wurde die Umgestaltung, deren Notwendigkeit jeder Deutsche kannte, von den Besitzinteressen des damaligen parteipolitischen status quo verhindert und unter verwickelten Plänen, Kommissionsberichten und Materialhaufen verschüttet. Das alte Schicksal schien sich unter schlimmen Ähnlichkeiten zu wiederholen. Mit einem großen

Schlag ist diese Gefahr überwunden worden. Das Verfassungsrecht der deutschen Revolution hat bereits heute neue Grundlagen für den Bau des Reiches gelegt und mit dem vorliegenden Reichsstatthaltergesetz vom 7. April 1933 den größten, entscheidenden Schritt zu einer neuen staatlichen Ordnung von Reich und Ländern getan.

Das Gesetz, das im folgenden abgedruckt und erläutert ist, hat keine lange Entstehungsgeschichte und keine umfangreichen Gesetzesmaterialien. Es ist von der Reichsregierung auf Grund des sog. Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933 beschlossen worden. Der Reichsrat hat nicht mitgewirkt. Die entscheidende Beschlußfassung der Reichsregierung hat in der Sitzung vom 7. April 1933 stattgefunden. Das Gesetz ist am gleichen Tage im Reichsgesetzblatt Teil I Nr. 33 S. 173 verkündet worden und nach § 6 Satz 1 am 8. April 1933 in Kraft getreten.

Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich

Vom 7. April 1933 (RGBl. I S. 173)

Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

§ 1

(1) In den deutschen Ländern, mit Ausnahme von Preußen, ernennt der Reichspräsident auf Vorschlag des Reichskanzlers Reichsstatthalter. Der Reichsstatthalter hat die Aufgabe, für die Beobachtung der vom Reichskanzler aufgestellten Richtlinien der Politik zu sorgen. Ihm stehen folgende Befugnisse der Landesgewalt zu:

1. Ernennung und Entlassung des Vorsitzenden der Landesregierung und auf dessen Vorschlag der übrigen Mitglieder der Landesregierung;
2. Auflösung des Landtags und Anordnung der Neuwahl vorbehaltlich der Regelung des § 8 des Vorläufigen Gleichschaltungsgesetzes vom 31. März 1933 (RGBl. I S. 153);
3. Ausfertigung und Verkündung der Landesgesetze einschließlich der Gesetze, die von der Landesregierung gemäß § 1 des Vorläufigen Gleichschaltungsgesetzes vom 31. März 1933 (RGBl. I S. 153) beschlossen werden. Artikel 70 der Reichsverfassung vom 11. August 1919 findet sinngemäß Anwendung;
4. auf Vorschlag der Landesregierung Ernennung und Entlassung der unmittelbaren Staatsbeamten und Richter, soweit sie bisher durch die oberste Landesbehörde erfolgte;
5. das Begnadigungsrecht.

(2) Der Reichsstatthalter kann in den Sitzungen der Landesregierung den Vorsitz übernehmen.

(3) Artikel 63 der Reichsverfassung vom 11. August 1919 bleibt unberührt.

§ 2

(1) Der Reichsstatthalter darf nicht gleichzeitig Mitglied einer Landesregierung sein. Er soll dem Lande angehören, dessen Staatsgewalt er ausübt. Er hat seinen Amtssitz am Sitze der Landesregierung.

(2) Für mehrere Länder, deren jedes weniger als 2 Millionen Einwohner hat, kann ein gemeinsamer Reichsstatthalter, der Angehöriger eines dieser Länder sein soll, ernannt werden. Den Amtssitz bestimmt der Reichspräsident.

§ 3

(1) Der Reichsstatthalter wird für die Dauer einer Landtagsperiode ernannt. Er kann auf Vorschlag des Reichskanzlers vom Reichspräsidenten jederzeit abberufen werden.

(2) Auf das Amt des Reichsstatthalters finden die Vorschriften des Reichsministergesetzes vom 27. März 1930 (RGBl. I S. 96) sinngemäß Anwendung. Die Dienstbezüge gehen zu Lasten des Reichs, die Festsetzung ihrer Höhe bleibt vorbehalten.

§ 4

Mißtrauensbeschlüsse des Landtags gegen Vorsitzende und Mitglieder von Landesregierungen sind unzulässig.

§ 5

(1) In Preußen übt der Reichskanzler die im § 1 genannten Rechte aus. Er kann die im § 1 Abs. 1 unter Ziffer 4 und 5 genannten Rechte auf die Landesregierung übertragen.

(2) Mitglieder der Reichsregierung können gleichzeitig Mitglieder der Preußischen Landesregierung sein.

§ 6

Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft. Entgegenstehende Bestimmungen der Reichsverfassung vom 11. August 1919 und der Landesverfassungen sind aufgehoben. Soweit Landesverfassungen das Amt eines Staatspräsidenten vorsehen, treten diese Bestimmungen mit der Ernennung eines Reichsstatthalters außer Kraft.

Berlin, den 7. April 1933.

Der Reichskanzler
Adolf Hitler
Der Reichminister des Innern
Frick

Erläuterungen

Einleitung

Nach dem Zusammenbruch des November 1918 setzten sich mehrere, untereinander sehr verschieden geartete politische Parteien in den staatlichen Rahmen der früheren Monarchien des Deutschen Reiches fest. So wurde das Reich aus einem monarchischen zu einem *Parteienbundesstaat*, und die Gefahr, die der politischen Einheit des Reiches aus der Parteizerrissenheit drohte, verband sich mit den Gefahren der deutschen Vielstaaterei bis zur Drohung des Bürgerkrieges und des Widerstandes gegen die Reichsgewalt.

Der Preußenschlag vom 20. Juli 1932 (BO. des Reichspräsidenten auf Grund von Art. 48 Abs. 1 und 2 RV. vom 20. Juli 1932, RGBl. I S. 377) hat zum ersten Mal das Recht des Reiches auf eine einheitliche innerpolitische Staatsführung durchzusetzen versucht. Sofort fanden sich alle Gegner eines starken Reiches zu einer merkwürdigen Bundesgenossenschaft zusammen: amtsenthobene preußische Minister, preußische Landtagsfraktionen, die auf die Staatlichkeit ihrer Länder pochenden Regierungen von Bayern und Baden, Unitaristen und Föderalisten, Marxisten und angeblich Konservative waren plötzlich einig gegen die Reichsgewalt, in der sie ihren gemeinsamen innerpolitischen Feind sahen. Der Prozeß vor dem Leipziger Staatsgerichtshof, der durch das bekannte Urteil vom 25. Oktober 1932 nur äußerlich entschieden und beendet wurde, betraf in seinem Kern die Frage, ob das Reich oder die Länder Staaten sind und ob die entscheidenden Richtlinien der Politik vom Reich oder vom Land aus bestimmt werden. Ausdrücklich nahmen die Gegner des Reichs für die von ihnen regierten Länder ein *Recht auf eigene Politik* in Anspruch. Die innerpolitische Treupflicht gegen das Reich wurde in diesem Prozeß verneint und verhöhnt. Die politischen Parteien, die damals in Preußen, Bayern und Baden im Besitz der staatlichen Machtmittel waren, erklärten es für ihr gutes Recht, in offenem Gegensatz zur Reichsregierung, die Nationalsozialistische Partei für „illegal", d.h. für staats- und verfassungsfeindlich zu erklären und eine gewaltige deutsche Bewegung mit der von Moskau befehligten kommunistischen Internationale auf eine Stufe zu stellen. Ein derartiges Recht des Landes auf eigene Politik würde, folge-

richtig zu Ende gedacht, nichts anderes als ein Recht auf Widerstand gegen eine anders gerichtete Reichsgewalt, auf Separatismus und mittelbar auf Anrufung des Auslandes bedeuten. Selbstverständlich hatten die damaligen Gegner des Reiches nicht den Mut und größtenteils nicht einmal den Willen zu dieser Konsequenz. Aber die Gefahr für den politischen Bestand des Reiches enthüllte sich deutlich genug. Übrigens ist noch im Februar 1933 in einem „wissenschaftlichen" Aufsatz zum Ausdruck gebracht, daß das Ausland „füglich" verlangen könne, daß in Deutschland nur „verfassungsmäßige" Regierungen bestehen.

Begriffe wie: Souveränität der Länder, Staatlichkeit und „staatlicher Charakter" der Länder und besonders geartete Vorstellungen von „Begriff und Wesen des Bundesstaates" waren die juristischen Hebel, mit denen die staatliche Einheit des Deutschen Reiches gesprengt zu werden drohte. Das Urteil des Staatsgerichtshofes vom 25. Oktober 1932 hat weder eine Klärung noch eine Entscheidung dieser Lebensfragen des Reiches gegeben, sondern einen unklaren Mittelweg gesucht[1]. Die Methoden politischer Justiz und justizförmiger Politik mußten gegenüber allen lebenswichtigen Fragen der Reichspolitik versagen; sie kamen in dieser Lage nur den Kräften des Verfalls zugute. Wiederum bewahrheitete sich die alte Erfahrung, daß bei solchen Vermengungen von Politik und Justiz die Politik nichts zu gewinnen und die Justiz alles zu verlieren hat. So konnte es zu dem den meisten Deutschen heute wohl kaum noch begreiflichen Zustande kommen, daß eine sich selbst als „Hoheitsregierung" bezeichnende amtsenthobene Scheinregierung, die dem Reichskommissar in Preußen mit juristischen Schikanen in den Weg zu treten suchte, auf Grund jenes Urteils des Staatsgerichtshofs in schwierigster politischer Lage des Reichs monatelang weitergeschleppt wurde. Erst durch die Verordnung des Reichspräsidenten vom 6. Februar 1933 (RGBl. I S. 43) ist dieser Restbestand des alten Parteienbundesstaates aus Preußen entfernt worden.

Es bedurfte aber weiterer Maßnahmen und tiefergreifender Neuordnungen, um die innerpolitische Einheit des Deutschen Reiches zu sichern. Die heutige Rechtsgrundlage der Neugestaltung des deutschen Staatsbaues ist das in den Formen einer Verfassungsänderung ergangene Gesetz zur Behebung der Not von Reich und Volk vom 24. März 1933 (RGBl. I S. 141)[2]. Dieses Gesetz wird meistens als „Ermächtigungsgesetz" bezeichnet; das Wort scheint sich als die übliche kurze Bezeichnung durchzusetzen und soll daher hier übernommen werden. Doch ist die Bezeichnung ungenau, weil es sich hier um

---

[1] Über das Urteil des Staatsgerichtshofs unterrichtet am besten die rechtswissenschaftlich wie schriftstellerisch gleich ausgezeichnete Schrift von *E. R. Huber*, Reichsgewalt und Staatsgerichtshof, Oldenburg 1932 (Stallings Schriften an die Nation, Nr. 34).

[2] Näheres in Heft 1 dieser Schriftenreihe.

weit mehr und anderes als eine bloße Emächtigung von der Art früherer Ermächtigungsgesetze (etwa vom 13. Oktober 1923 oder vom 8. Dezember 1923) handelt. Das Gesetz vom 24. März 1933 ist in Wahrheit die *vorläufige Verfassung der deutschen Revolution*, auf deren Grundlage und mit deren Hilfe die weiteren Neugestaltungen des deutschen Staatsbaues durchgeführt werden können.[3]

Ein vorläufiges (erstes) Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31. März 1933 (RGBl. Teil I S. 153) hat die Volksvertretungen der Länder mit der politischen Gesamtleitung im Reiche in Übereinstimmung gebracht. Zur Sicherung einer einheitlichen Reichspolitik bedurfte es aber darüber hinaus noch einer weiteren Regelung der einheitlichen *Staatsführung* im Reich und in den Ländern. Das ist das Ziel des vorliegenden „Zweiten Gesetzes zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich“ vom 7. April 1933 (RGBl. Teil I S. 173). Es wird heute allgemein als „Reichsstatthaltergesetz“ bezeichnet und soll auch hier so genannt werden. Doch darf man nicht übersehen, daß Preußen keinen Reichsstatthalter hat, sondern der Reichskanzler dort nur die Rechte eines solchen mit gewissen Besonderheiten ausübt (§ 5 des Gesetzes).

Grundlinien der Neuordnung von Reich und Ländern

1. Das Reichsstatthaltergesetz stellt das Verhältnis von Reich und Ländern auf eine neue verfassungsrechtliche Grundlage. Ausgangs- und Richtpunkt ist, daß der *Reichskanzler* die Richtlinien der Politik bestimmt (Art. 56 RV.) und daß diese Politik in Reich und Ländern, soweit es noch Landespolitik gibt, in allen wesentlichen und entscheidenden Punkten einheitlich sein muß, wenn nicht der Bestand des Reiches als *der* politischen Einheit des deutschen Volkes gefährdet sein soll. Der Versuch der Weimarer Verfassung (Art. 17), die politische Gleichartigkeit von Reich und Ländern zu sichern, ist gescheitert. Inbesondere hat sich die von dieser Verfassung vorgeschriebene parlamentarische Regierungsform in den Ländern (Art. 17 Abs. 1 Satz 3) im Gegenteil als ein besonders geeignetes Werkzeug reichsgefährlicher Ungleichartigkeiten und staatszerstörender Parteiungen erwiesen. Das Statthaltergesetz trifft dieses Übel in seinem Kern: Mißtrauensbeschlüsse des Landtags gegen Vorsitzende und Mitglieder von Landesregierungen sind jetzt unzulässig

[3] Die rechtliche Bedeutung und Besonderheit dieses sog. Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933 ist in zwei Aufsätzen der Deutschen Juristenzeitung (1. April und 15. April 1933) von *Carl Schmitt* und *Otto Koellreutter* dargelegt. Beide heben den Unterschied dieses Gesetzes von den sonst üblichen Ermächtigungsgesetzen hervor und beugen dadurch etwaigen Versuchen vor, die Vollmachten dieses Gesetzes mit den Methoden der Auslegung sonstiger Ermächtigungsgesetze grundsätzlich einengend auszulegen.

(§ 4); gegen den Reichsstatthalter gibt es keine Mißtrauensbeschlüsse; Art. 17 Abs. 1 Satz 3 der Weimarer Verfassung ist aufgehoben.

Der Grundzug der neuen Reichskonstruktion besteht darin, daß das Ziel einer *starken Reichsgewalt in den Ländern* mit dem anders gearteten, aber keineswegs widersprechenden Bestreben verknüpft wurde, *Preußen als eine Art Hausmacht unmittelbar in der Hand des Reiches zu halten*. Ein politischer Konflikt zwischen Reich und Ländern ist jetzt nicht mehr möglich. Dabei ist der Reichsstatthalter in Preußen und in den Ländern nicht unterschiedslos eingeführt worden, sondern in Preußen übt der Reichskanzler selbst die Befugnisse eines Reichsstatthalters aus (§ 5 Abs. 1), und während in den anderen Ländern grundsätzliche Unvereinbarkeit von Reichsstatthalterschaft und Mitgliedschaft in der Landesregierung besteht (§ 2), ist für Preußen die allgemeine Vereinbarkeit der Mitgliedschaft in der Reichs- und der Landesregierung ausdrücklich angeordnet (§ 5 Abs. 2). Preußen konnte in dieser Hinsicht mit den anderen Ländern nicht einfach gleich behandelt werden. Das Gesetz verbindet demnach den alten Gedanken der vom Reichshaupt entsandten Vertreter der Reichsgewalt und in gewissen Grenzen auch der Unterführer und Vasallen, mit dem Bismarckschen Gedanken einer Personal- und Realunion höchster Stellen im Reich und in Preußen. Auf diese Weise können künstliche „Differenzierungen" und die Gefahr vermieden werden, daß Preußen im Verlaufe der Entwicklung einer Reichsreform doch schließlich in Provinzen auseinanderfällt und dadurch aufhört, die große, den Osten und den Westen Deutschlands zusammenhaltende „Klammer" sowie die starke, unmittelbar in der Hand der Reichsgewalt liegende behördliche Organisationseinheit zu sein. Ein wesentliches Ergebnis Bismarckscher Staatskunst wird nach dem Wegfall der preußischen Hegemonie weitergeführt und zur Stärkung des Reiches benutzt, aber mit Herrschafts- und Führungsprinzipien, die gleichzeitig alt und sehr modern sind und mit neuen politischen Wachstumsmöglichkeiten konstruktiv erweitert. Die Reichsgewalt wird bei der gegenwärtigen Neuordnung von Reichspräsident und Reichskanzler getragen; vom Reichspräsidenten als dem *Hüter des geschichtlichen Zusammenhanges* und einer auf Tradition beruhenden Autorität; vom Reichskanzler als dem *Führer der deutschen Bewegung*, der es gelungen ist, zur deutschen Revolution und zur Neugestaltung des Reiches durchzubrechen.

2. Zwei Gesichtspunkte, die im wirklichen politischen Leben oft miteinander in Widerspruch und Streit stehen, müssen für die einheitliche Staatsführung in Reich und Ländern miteinander in Einklang gebracht werden: unbestreitbarer *Vorrang* und alleinige Maßgeblichkeit *der politischen Führung des Reiches* in allen wesentlichen politischen Entscheidungen, und gleichzeitig *Wahrung und Weiterführung der Selbständigkeit der Länder* unter weitestgehender Rücksicht auf ihr Eigenleben und die Mannigfaltgkeit ihrer landschaftlichen, stammesmäßigen, geschichtlichen, wirtschaftlichen und gesell-

schaftlichen Eigenarten. Daß die Einheit der politischen Führung und die politische Entscheidung vom Reiche her, das heißt vom Reichskanzler zu bewirken ist, bedarf heute keiner besonderen Darlegung mehr. Die Versuche einer „eigenen", gegen die Reichspolitik gerichteten Landespolitik, oder die frühere Ablehnung und Bestreitung der innerpolitischen Treupflicht des Landes gegen das Reich, ferner der ganze Mißbrauch willkürlich konstruierter Begriffe vom „Bundesstaat" und seinem „Wesen", alles das ist heute zu Ende und darf sich nicht wiederholen.

Es ware jedoch oberflächlich, in der entschiedenen Anerkennung dieses Vorranges der Reichspolitik eine Gefahr für eine verständige Autonomie der Länder zu sehen und das Reichsstatthaltergesetz als „unitarisch" oder „antiföderalistisch" zu bezeichnen. Das Statthaltergesetz ist nicht „unitarisch" im Sinne der Uniformität oder des Zentralismus. Es gibt, richtig verstanden und gehandhabt, vielmehr die einzige heute noch denkbare Möglichkeit, mit staatlichen Befugnissen ausgestattete, im weitesten Maße selbständige deutsche Länder überhaupt zu erhalten und weiterzuführen. Eine alte Wahrheit und Erfahrung lehrt, daß ebenso wie nur ein sehr starker Staat eine freie Wirtschaft, so auch nur eine sehr starke und einheitliche Reichsgewalt eine vernünftige Freiheit und Selbständigkeit der Länder begründen und verteidigen kann.

Reichsgewalt und Landesgewalt sind nach dem Reichsstatthaltergesetz unterschieden, aber nicht voreinander getrennt. Sie durchdringen sich gegenseitig aufs engste. Der Reichsstatthalter übt – richtiger Auffassung nach im Namen des Reiches – Befugnisse der Landesgewalt aus (§ 1 Abs. 1 Satz 3). Es ist daher nicht mehr möglich, die Staatsgewalt des Landes der Staatsgewalt des Reiches entgegenzusetzen, beide als „Staaten" zu behandeln, die miteinander in „zwischenstaatlichen" Beziehungen ständen und jenes zweideutige Hin und Her, Sowohl-Als auch, Einerseits-Andererseits zu wiederholen, mit dessen Hilfe die Staatsrechtslehre des Parteienbundesstaates seit 1919 und besonders während des Leipziger Prozesses vor dem Staatsgerichtshof ihr „Recht auf eigene Landespolitik" zu begründen und eine starke Reichsgewalt zu untergraben suchte. Die Frage nach dem „Staat" hat nur dann politischen und rechtlichen Sinn, wenn sie sich, als die Frage nach der souveränen politischen Entscheidung, auf den *Fall des politischen Konflikts* zwischen Reich und Land bezieht. Gerade diese Konfliktsmöglichkeit aber wird durch dieses zweite Gleichschaltungsgesetz ausgeschaltet, und zwar kraft der politischen Entscheidungsgewalt des *Reichs*. *Es gibt also, vom politischen Konflikt aus gesehen, nur einen deutschen Staat: das Deutsche Reich, und nur eine politische Führung: die des verantwortlichen Reichskanzlers*. Weder ein einzelnes Land noch die Gesamtheit der Länder kann sich auf Kosten der Staatlichkeit des Reiches gegen das Reich darauf berufen, daß auch die Länder „Staaten" seien.

Der deutsche „*Föderalismus*“ ist durch das Reichsstatthaltergesetz von den Resten früherer Souveränitäten befreit worden. Er kann sich erst jetzt, nachdem die politischen Konfliktsmöglichkeiten ausgeschaltet sind, als Gestaltungselement des deutschen Staates, d.h. der politischen Einheit des deutschen Volkes sinngemäß entwickeln. Man kann auch heute noch, wie es das Statthaltergesetz tut, von Landesgewalt (§ 1: dem Reichsstatthalter stehen Befugnisse der Landesgewalt zu) und von Staatsgewalt des Landes (§ 2 Satz 2) sprechen. Aber diese gesamte Landesgewalt steht unter der Voraussetzung, daß sie vom Reiche her politisch gleichgeschaltet ist. Keine föderalistische Organisation, sei sie staatenbündisch oder bundesstaatlich, kann anders bestehen als dadurch, daß entscheidende politische Konfliktsfälle und Freund-Feind-Gruppierungen ferngehalten oder unschädlich gemacht werden. Ein *deutscher* Föderalismus ist nur denkbar, wenn solche Konfliktsmöglichkeiten durch den unbestreitbaren Vorrang der politischen Führung des *Reiches* ferngehalten werden.

3. Die deutschen Länder bleiben demnach erhalten. Obwohl das Reichsstatthaltergesetz für die Beziehungen zwischen Reich und Ländern eine neue verfassungsrechtliche Grundlage schafft und die bisherige Gestaltung dieser Beziehungen wesentlich verändert hat, hält es daran fest, daß weiterhin deutsche Länder bestehen. Dagegen ist die *territoriale Neugliederung Deutschlands* noch nicht in Angriff genommen. Die kleinen und kleinsten Länder sind nicht einfach beseitigt. Es widerspräche übrigens auch den Erklärungen des Reichskanzlers zu dem Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, jetzt mit einer umwälzenden Veränderung der innerdeutschen Gebietsgrenzen zu beginnen oder gar völlig tabula rasa zu machen. Trotzdem darf nicht übersehen werden, daß es auf der anderen Seite keineswegs der Zweck des Reichsstatthaltergesetzes ist, den zufälligen territorialen status quo des Länderbestandes vom April 1933 zu verewigen und geschichts- und entwicklungswidrigen Zuständen eine juristische Sicherung und Konservierung zu verleihen. Eine besondere Gewährleistung des gegenwärtigen Gebietsstandes ist absichtlich vermieden. Sie wäre aus geschichtlichen und politischen Gründen sehr bedenklich. Der Verlauf der November-Revolution 1918/1919 kann in dieser Hinsicht ein warnendes und lehrreiches Beispiel sein. Bekanntlich geriet der Anlauf zu einer stärkeren Reichseinheit, der wenigstens einen Augenblick lang das einzige politische Aktivum der Novemberumwälzungen zu sein schien, damals sehr schnell ins Stocken; die neuen Parteien setzten sich einfach in den alten staatlichen Rahmen des bisherigen monarchischen Bundesstaates fest. Bereits die vorläufige Verfassung vom 10. Februar 1919 bestimmte: „Es kann jedoch der Gebietsstand der Freistaaten nur mit ihrer Zustimmung geändert werden.“ Von dieser Art Entwicklung kann die gegenwärtige nationale Revolution sich nicht weit genug entfernt halten.

Eine rechtliche Garantie des gegenwärtigen Länderbestandes ist also nicht beabsichtigt. Vielmehr hat die Reichsregierung alle verfassungsrechtlichen Möglichkeiten, die ihr auf Grund des Gesetzes vom 24. März 1933 zustehen, auch in dieser Hinsicht ganz in der Hand. Namentlich könnte sie auch die Änderungsmöglichkeiten, die Art. 18 RV. für einfache oder verfassungsändernde Reichsgesetze bietet, in vollem Umfang benutzen. Im übrigen zeigt schon § 2 Abs. 2 bereits die Möglichkeit bedeutender Zusammenfassungen.

4. Die Landesgewalt bleibt von der Reichsgewalt unterschieden, die Selbständigkeit der deutschen Länder und die Möglichkeit eines Eigenlebens bleibt in weitem Maße gewahrt, nur die frühere Trennung und politische Entgegensetzung von Reich und Land sowie die Bestrebungen, die Landesgewalt nach Art der alten staatlichen Souveränität als undurchdringlichen Organismus von der Reichsgewalt als einem ebenso undurchdringlichen Staatsorganismus abzukapseln, sind überwunden. Landtag, Landesregierungen, Landesbeamtentum, Landesgewalt bleiben als solche bestehen und sollen keineswegs lahmgelegt werden; die Landesgewalt muß aber in ihrem Mittelpunkt und in ihrer Spitze unmittelbar von der Führung des Reichs erfaßt sein. Das läßt sich nur in der Weise erreichen, daß *die Reichspolitik einen sichtbaren und persönlichen Vertreter im Lande selbst erhält* und daß dieser Statthalter des Reichs neben seiner allgemeinen Befugnis, für die Beobachtung der Richtlinien der Reichspolitik Sorge zu tragen, auch noch im Auftrag und im Namen des Reichs besondere Befugnisse der Landesgewalt als solcher im Lande selbst ausübt.

Soweit die Landesgewalt Staatsgewalt im spezifischen Sinne des Wortes ist, steht sie heute ganz unter dem Vorrang der politischen Führung des Reichs. Für die vorsichtigen Halbheiten früherer bundesstaatsrechtlicher Begriffe mag es auffällig und erstaunlich sein, daß jetzt Landesgewalt im Auftrage und im Namen des Reiches ausgeübt werden soll, daß *im Namen des Reiches Landesregierungen ernannt*, Landtage aufgelöst, Landesgesetze verkündet, Landesbeamte ernannt und Begnadigungen ausgesprochen werden. Aber der Reichsstatthalter wäre eben nicht mehr Reichsstatthalter, wenn er seine wichtigsten Befugnisse im Namen und als Ausfluß der Landesgewalt ausübte. Es dürfte nicht angängig sein, einen Reichsstatthalter im Namen des Landes fungieren zu lassen. Auch wäre es überhaupt ein reaktionärer Irrtum, die Trennungen und Entgegensetzungen des „Namens des Reiches“ und des „Namens des Landes“ heute noch beibehalten und weiterführen zu wollen. Alle derartigen Vorstellungen vom „Namen“ beziehen sich auf die spezifische Staatlichkeit, auf staatliche „Dignität“ und Souveränität und ermöglichen im Konfliktsfall wieder juristische Konstruktionen, die ein Recht auf eigene Politik und auf partikularistische Abgesondertheit durch Nebentüren in das deutsche Staats- und Verfassungsrecht einführen.

5. Für die Wahrung des politischen Zusammenhalts eines großen mannigfaltig gegliederten Gemeinwesens gibt es viele geschichtliche und rechtsvergleichende Beispiele und Vorbilder: Gouverneure, Statthalter, Residenten, Kommissare usw. Es würde sich jedoch nicht empfehlen, frühere oder fremde Lösungen einfach auf die besonders gearteten innerdeutschen Verhältnisse zu übertragen. *Kommissare* des Reichspräsidenten in die einzelnen Länder und deren Regierungen zu entsenden, käme nur im Ausnahmezustand oder zum Zweck einer Reichsexekution in Betracht, nicht aber als dauernde und organische Einrichtung eines Verbindungsgliedes der politischen Führungsspitzen von Reich und Land. Der Statthalter des neuen Gesetzes ist als *dauernde und organische Einrichtung* gedacht und daher etwas anderes als ein Exekutions- oder Aktionskommissar des Artikel 48. Auf der anderen Seite aber wäre es eine keineswegs einfachere Lösung gewesen, wenn die Länder einfach *Staatspräsidenten* erhalten hätten und diese zu Trägern und Garanten der neuen, einheitlichen Staatsführung gemacht worden wären. Denn dadurch würden falsche Begriffe und Vorstellungen von staatlicher Dignität oder gar Souveränität wiederum neue Nahrung erhalten, und zwar am gefährlichsten dann, wenn man einfach die Ministerpräsidenten oder Vorsitzenden der Landesregierung zu solchen Staatspräsidenten und diese dann außerdem noch von einem Mißtrauensbeschluß ihres Landtages unabhängig gemacht hätte. Die Einrichtung des Staatspräsidenten ware höchstens dann tragbar, wenn eine Personalunion des Amtes des Reichspräsidenten oder des Reichskanzlers mit dem Amt jedes einzelnen Staatspräsidenten in jedem Lande eingeführt würde. Sonst ergibt sich stets ein einfaches Dilemma: Entweder ist der Staatspräsident nur eine dekorative Figur, die „herrscht und nicht regiert" (qui règne et ne gouverne pas), dann ist die Einrichtung für eine ernsthafte Neugestaltung des Reichsbaues wertlos; oder der Staatspräsident regiert wirklich als Staatshaupt seines Landes, dann bedeutet diese Einrichtung eine unabsehbare Stärkung der Landesgewalt und eine Neubelebung überwundener Staatsbegriffe. Ein Staatshaupt steht bei einem Gegensatz oder Konflikt naturgemäß auf der Seite seines Staates. Fast jedes Jahrhundert deutscher Geschichte zeigt Beispiele dieser Art von Entwicklung zur territorialen Absplitterung. Immer wieder hat sich das vom Reich entsandte Organ des Reichs im Lande festgesetzt, im Lande verwurzelt und in einen Exponenten des Länderinteresses, oft sogar in einen Träger partikularistischen Widerstandes gegen das Reich verwandelt.

Solchen Gefahren kann nur dadurch vorgebeugt werden, daß die Einrichtung des *Statthalters* gleichzeitig in die Verfassung des Reichs und des Landes eingebaut wird. Von Reichs wegen muß er sowohl ernannt wie abberufen werden. Dadurch erübrigt sich eine andere Einrichtung, die sonst notwendig geworden ware: eine allgemeine, das Reich und jedes Land umfassende Personalunion von Reichspräsident oder Reichskanzler auf der einen, Staats- oder Landespräsident auf der anderen Seite. Die Konstruktion des Statthalter-

gesetzes ist nicht so, als wäre der Reichspräsident oder der Reichskanzler Staats- oder Landespräsident und der einzelne Statthalter sein Vertreter. Das gäbe ein System von Landesstatthaltern, nicht von Reichsstatthaltern nach Art der jetzigen Regelung. Diese schafft vielmehr eine Art Realunion, nimmt die dem Land belassene Staatsgewalt zum Teil selbst in die Hand und muß für Preußen, wegen der bekannten Schwierigkeiten des preußisch-deutschen Problems, noch enger und straffer gestaltet werden.

Der Reichsstatthalter

1. Der Reichsstatthalter ist ein Organ des Reichs, das im Auftrage und im Namen des Reichs, zum Zwecke einer einheitlichen Staatsführung in Reich und Ländern, in einem Lande Befugnisse der Reichs- und der Landesgewalt ausübt. Er wird vom Reichspräsidenten auf Vorschlag des Reichskanzlers ernannt (§ 1) und kann, wiederum auf Vorschlag des Reichskanzlers, vom Reichspräsidenten jederzeit abberufen werden (§ 3). Ernennung und Abberufung bedürfen außerdem nach Art. 50 RV der Gegenzeichnung des Reichskanzlers, da es sich um eine Anordnung des Reichspräsidenten handelt, die ein Ausfluß der Reichsgewalt ist. Der Reichsstatthalter darf nicht gleichzeitig Mitglied einer Landesregierung sein. Er soll (nicht muß) dem Lande angehören, dessen Staatsgewalt (die, wie oben dargelegt, als Staatsgewalt immer nur politisch gleichgeschaltet gedacht werden kann) er ausübt. Er hat seinen Amtssitz am Sitz der Landesregierung (§ 2). Die Unvereinbarkeit (Inkompatibilität) des § 2 Abs. 1 Satz 1 sichert die Unterscheidung von Reich und Land; wegen der anders gearteten Regelung des § 5 gilt sie nicht für Preußen. Für mehrere Länder, deren jedes weniger als zwei Millionen Einwohner hat (die aber zusammen genommen mehr als zwei Millionen haben können), kann ein gemeinsamer Reichsstatthalter, der Angehöriger eines dieser Länder sein soll, ernannt werden. In diesem Falle bestimmt der Reichspräsident, ebenfalls unter Gegenzeichnung des Reichskanzlers, den Amtssitz des gemeinsamen Statthalters. Die Amtsdauer ist beschränkt; die Ernennung wird nur für die Dauer einer Landtagsperiode ausgesprochen (§ 3 Abs. 1). Auch in dieser grundsätzlichen Befristung liegt – neben der jederzeitigen Widerrufbarkeit – ein Machtmittel der politischen Führung des Reichs und ein Gegenmittel gegen etwaige partikularistische Verflechtungen des Reichsstatthalters mit den territorialen Interessen seines Landes. Die Bestimmung des § 8 des Vorläufigen Gleichschaltungsgesetzes vom 31. März 1933 (RGBl. I S. 153) wirkt auch auf diese Frist ein.

2. Was die *persönliche Dienst- und Amtsstellung* des Reichsstatthalters angeht, so hat er ein Reichsamt, ist aber nicht Beamter im Sinne des Beamtenrechts. Seine Stellung ist in mancher Hinsicht der eines Reichsministers ähnlich, und was *Joh. Popitz* in einem Aufsatz über das Reichsministergesetz

(Deutsche Juristenzeitung 1930 S. 127) über den „Wesensunterschied des Ministeramts von jedem anderen öffentlichen Amt“ sagt, gilt auch hier, nur daß gleichzeitig auch noch wesentliche Besonderheiten der Stellung des Reichsstatthalters gegenüber der eines Reichsministers bestehen. Die Frage, ob der Statthalter „Untergebener“ des Reichskanzlers ist oder nicht, wäre unrichtig gestellt. Der Statthalter muß in einem besonders hohen Grade ein Mittel der politischen Gleichschaltung und daher dem Reichskanzler zu besonderer Disziplin und Treue verpflichtet sein. Sein Dienst und Amt erhält Bedeutung und Würde durch politische Disziplin und Treue gegenüber der politischen Führung des Reichskanzlers. Aber die beamtenrechtlichen Bestimmungen disziplinar-gesetzlicher Regelung, oder wohlerworbene Rechte am Amt und dergleichen können für einen solchen Dienst nicht in Betracht kommen. Vielmehr finden die Vorschriften des Reichsministergesetzes vom 27. März 1930 (RGBl. I S. 96) auf die Dienststellung sinngemäß Anwendung.

Das Amtsverhältnis beginnt mit der Aushändigung der Ernennungsurkunde, die vom Reichkanzler gegengezeichnet ist, und endet mit der Aushändigung oder der amtlichen Veröffentlichung der Entlassungsurkunde. Bei der Übernahme des Amtes ist vor dem Reichspräsidenten folgender Eid zu leisten: „Ich schwöre, ich werde meine Kräfte für das Wohl des deutschen Volkes einsetzen, die Verfassung und die Gesetze des Reichs wahren, die mir obliegenden Pflichten gewissenhaft ausführen und meine Geschäfte unparteiisch und gerecht gegen jedermann führen.“ Die Beifügung einer religiösen Beteuerungsformel ist zulässig. Die Unvereinbarkeiten (Inkompatibilitäten) des Reichsministergesetzes (§ 7) gelten auch für den Reichsstatthalter: er darf also dem Vorstand, Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens nicht angehören und auch neben dem Statthalteramt keine Beschäftigung berufsmäßig ausüben, wobei die Reichsregierung allerdings Ausnahmen zulassen kann. Der Reichsstatthalter darf während seiner Amtszeit weder als Schiedsrichter tätig sein noch außergerichtliche Gutachten abgeben; er soll zum Amt eines Schöffen oder Geschworenen oder zu sonstigen öffentlichen Ehrenämtern nicht berufen werden. Er ist zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet (§ 8 des Reichsministergesetzes), kann über Gegenstände dieser Amtsverschwiegenheit nur mit Genehmigung der Reichsregierung und darf über andere Umstände, solange er im Amt ist, dann nicht vernommen werden, wenn die Reichsregierung erklärt, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachteile bereitet. Auch für die besoldungsrechtliche Regelung (z.B. Ruhegehalt früherer Beamter, Hinterbliebenenbezüge) gilt, mit Ausnahme der *Höhe* der Dienstbezüge, das Reichministergesetz in sinngemäßer Anwendung. Die Dienstbezüge gehen zu Lasten des Reichs (§ 3 Abs. 2 Satz 2 des Reichsstatthaltergesetzes), auch die Diensträume und andere Aufwendungen sind Sache des Reichs, wenn sie nicht etwa vom Land aus besonderen Gründen und Anlässen verursacht sind.

3. Der Reichsstatthalter hat *Befugnisse* doppelter Art. Die erste Art ergibt sich aus der *allgemeinen Gleichschaltungsaufgabe*: er hat für die Beobachtung der vom Reichskanzler vorgeschriebenen Richtlinien zu sorgen. Dadurch stellt er eine politische Verbindung der Staatsführung von Reich und Land her. Außer den in der folgenden Aufzählung genannten Befugnissen der Landesgewalt muß er die aus der *Reichs*gewalt sich ergebenden, für die Durchführung seiner Gleichschaltungsaufgabe notwendigen weiteren Befugnisse haben, z. B. Auskunftsrecht, oder das Recht, bei Streitigkeiten vermittelnd und schlichtend einzugreifen, Hinweise und Warnungen zu erteilen, aber auch gegenüber dem Reich die Solidarität der Interessen von Reich und Land geltend zu machen. Gerade hier darf man nicht nach Art der alten bundesstaatsrechtlichen Vorstellungen die Interessen und Befugnisse der Reichs- und Landesgewalt als undurchdringlich voneinander trennen.

Neben diesen Befugnissen der allgemeinen Gleichschaltungsaufgabe stehen dem Reichsstatthalter wesentliche *Befugnisse der Landesgewalt* zu, die in § 1 des Gesetzes aufgezählt sind. Grundlage auch dieser Befugnisse ist der Auftrag des Reiches, und es wäre sinnwidrig, wenn sich ein Reichsstatthalter in diesen Fällen plötzlich und insoweit in ein Landesorgan verwandeln sollte. Auch diese Befugnisse müssen daher, obwohl sie solche der Landesgewalt sind und bleiben, im Namen des Reiches ausgeübt werden, die Urkunden müssen das Reichssiegel tragen usw. Das gilt für sämtliche aufgezählten Rechte, von der Ernennung des Vorsitzenden der Landesregierung (Ziffer 1) bis zum Begnadigungsrecht (Ziffer 5). Daß eine Landesregierung Anordnungen eines Reichsstatthalters gegenzeichnet, dürfte nicht angängig sein. Im einzelnen handelt es sich hier um folgende Befugnisse:

Die erste und politisch wichtigste Befugnis ist die *Ernennung und Entlassung des Vorsitzenden der Landesregierungen und auf dessen Vorschlag der übrigen Mitglieder der Landesregierungen*. Diese Regelung tritt an die Stelle aller landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Bildung der Landesregierung. Die gegenwärtig im Amt befindlichen Landesregierungen bleiben in ihrer Stellung bis zur Ernennung der neuen Landesregierung durch den Reichsstatthalter. Dieser nimmt auch die formelle Entlassung der bisherigen Mitglieder der Landesregierung vor. Im übrigen bestimmen sich die Wirkungen dieser Regierungsbildung in Einzelheiten nach Maßgabe des nicht entgegenstehenden Landesrechts, so daß hier noch manche Besonderheiten möglich sind und keineswegs alle Landesregierungen durchgängig gleich werden. Das gilt z. B. für die beamtenrechtliche Stellung der Minister, die Organisation des Kollegiums, die Geschäftsordnung der Landesregierung usw. Eine Gegenzeichnung ist für die Ernennung nicht vorgeschrieben; sie wäre weder von der Reichsseite noch von der Landesseite her rechtlich sinnvoll.

Die zweite Befugnis des Reichsstatthalters, *Auflösung des Landtags und Anordnung der Neuwahl*, ist zwar grundsätzlich von großer Bedeutung, praktisch aber vorläufig nicht anwendbar, weil § 8 des ersten Gleichschaltungsgesetzes vorbehalten ist, wonach die am 5. März 1933 gewählten Landtage als auf 4 Jahre gewählt gelten.

Die dritte Befugnis, *Ausfertigung und Verkündung der Landesgesetze*, bezieht sich, zum Unterschied von den sonst in gewissem Sinne entsprechenden Befugnissen des Reichspräsidenten, nicht nur auf die vom Landtag im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschlossenen Gesetze, sondern auch auf die gemäß § 1 des Vorläufigen Gleichschaltungsgesetzes vom 31. März 1933 (RGBl. I S. 153) von der Landesregierung beschlossenen Gesetze. Da die Landesregierung nach § 3 dieses Gesetzes die zur Durchführung der *Staatsverträge* erforderlichen Vorschriften erläßt und das Gesetz selbst diese seine Ermächtigung als „Vereinfachung der Landes*gesetzgebung*" bezeichnet, wird man auch die Veröffentlichung von Staatsverträgen im Landesgesetzblatt hierhin rechnen und dem Statthalter überlassen müssen. Dadurch, daß Art. 70 der Reichsverfassung Anwendung findet, steht für die Verkündung eine Frist von einem Monat zur Verfügung. Der Statthalter kann sie benutzen, um das Landesgesetz oder den Staatsvertrag auf seine Reichs- und Landesverfassungsmäßigkeit, vor allem aber auch unter dem Gesichtspunkt der politischen Gleichschaltung zu prüfen. Er hat kein formelles Einspruchsrecht, wohl aber die politische Möglichkeit, innerhalb jener Frist neue Verhandlungen oder Beratungen herbeizuführen, nach Lage der Sache gegebene, eigene Befugnisse auszuüben oder die Reichsregierung zum Einschreiten zu veranlassen.

Das Recht, die *unmittelbaren Staatsbeamten und Richter auf Vorschlag der Landesregierung zu ernennen und zu entlassen*, enthält eine besonders einschneidende politische Einwirkungsmöglichkeit des Reichsstatthalters. Er ist dadurch in der Lage, parteipolitischen Mißbrauch und eine falsche Personalpolitik der Landesregierung zu verhindern. Andererseits sichert das Vorschlags- (nicht Gegenzeichnungs)recht der Landesregierung den erforderlichen Einfluß, so daß sie keineswegs aus diesem besonders wichtigen Gebiet der Landesgewalt einfach ausgeschaltet ist. Die Befugnis des Statthalters ist auf die Fälle beschränkt, in welchen nach der bisher geltenden Regelung die oberste Landesbehörde (in Preußen wären das: Staatsministerium, Ministerpräsident, Staatsminister und Präsident der Oberrechnungskammer) die Ernennung und Entlassung der Beamten selbst ausübte. Im übrigen bleibt die Ausübung dieses Rechts in den Händen der Landesregierung. Die vom Statthalter im Rahmen des Reichs ernannten Landesbeamten sind beamten- und disziplinarrechtlich ebenso Landesbeamte, wie die übrigen, von den Landesbehörden im Rahmen des Landes ernannten Landesbeamten. Der Reichsstatthalter hat hinsichtlich dieses, den Landesbehörden verbleibenden Ernennungsrechts nur seine allge-

meine Befugnis, für die Beobachtung der vom Reichskanzler gegebenen politischen Richtlinien zu sorgen.

Das *Begnadigungsgrecht* dagegen ist als fünfte der aufgezählten Befugnisse in vollem Umfang dem Reichsstatthalter übertragen. Das Begnadigungsrecht muß im Namen des Reichs ausgeübt werden. Bestimmungen wie die des Art. 54 der Preußischen Landesverfassung sind beseitigt. Der Statthalter kann die Ausübung des Rechts in bestimmten Grenzen geeigneten Landesbehörden, z. B. dem Justizministerium, übertragen. Er kann sich dabei in der Praxis hinsichtlich des Umfangs der Übertragung an die in seinem Lande bisher übliche Regelung und Gewohnheit halten und sich selbst die wichtigsten Fälle, insbesondere Todesstrafen, vorbehalten. Es ist zu beachten, daß auch die den Landesbehörden übertragene Ausübung des Begnadigungsrechts im Namen des Reichs vorgenommen werden müßte.

Eine weitere in § 1 Abs. 2 besonders festgesetzte Befugnis, den *Vorsitz in den Sitzungen der Landesregierungen* zu übernehmen, ist in das Ermessen des Reichsstatthalters gestellt. Er kann sich die Ausübung dieses Rechts allgemein oder für bestimmte politisch wichtige Fragen vorbehalten, aber auch von Fall zu Fall nach dem Gegenstand der Tagesordnung als Vorsitzender tätig werden. Infolgedessen wird er, unter Mitteilung der Tagesordnung, zu jeder Sitzung der Landesregierung rechtzeitig eingeladen werden müssen, wenn er nicht selbst (wie z. B. die Reichsregierung im Verhältnis zum Reichsrat) die Sitzung anberaumt.

Die Befugnis, das Land zu *vertreten*, hat das Statthaltergesetz nicht ausführlich geregelt. Der Reichsstatthalter ist in vollem Umfange vertretungsbefugt, soweit es sich um seine Amtsbefugnisse und seinen Geschäftsbereich handelt. Die Landesregierung kann in ihrem Zuständigkeitsbereich ebenfalls das Land vertreten.

Durch § 2 des Gesetzes über Titel, Orden und Ehrenzeichen vom 7. April 1933 (RGBl. I S. 180) hat der Reichsstatthalter auch das Recht erhalten, Titel zu verleihen.

Landtag und Landesregierung

Der Vorrang der Reichspolitik bleibt die feste und klare Grundlage der gesamten verfassungsrechtlichen Neuordnung des Verhältnisses von Reich und Ländern. Im übrigen sind die Länder als *selbständige Gebilde* erhalten geblieben. Der föderalistische Gedanke, Gebietskörperschaften mit eigenem Wirkungskreis und eigenen Befugnissen staatlichen Charakters zu erhalten, ist gewahrt.

Die Länder sind nicht bloße Kommunalverbände. Gerade weil sie mehr und anderes sein sollen, erhalten sie einen Reichsstatthalter. Der Rücksicht auf ihre *Selbständigkeit* ist in mehrfacher Hinsicht wirksam Rechnung getragen. Der Reichskanzler übt, von Preußen abgesehen, seine Richtlinien- und Gleichschaltungsbefugnis nicht selber aus, sondern läßt sie durch einen dem Lande angehörigen Reichsstatthalter ausüben. Dieser darf, wiederum von Preußen abgesehen, kein Mitglied der Landesregierung sein. Reich und Länder, Reichsregierung und Landesregierung bleiben also unterschieden, wenn auch nicht mehr getrennt. Außerdem sind die Befugnisse des Reichsstatthalters auf typische Befugnisse beschränkt, wie sie in einem konstitutionellen Staatswesen üblicherweise dem Staatshaupt, im Gegensatz zur Regierung im engeren Sinne, zustehen. Die Stellung der Landesregierung hat dadurch einen Machtzuwachs erhalten, daß sie von Mißtrauensbeschlüssen des Landtags und von dessen Fraktionen unabhängig ist.

Im übrigen vollzieht sich die Ausübung der Landesgewalt durch Landesbehörden und Landesbeamte nach Maßgabe der Reichsverfassung und der Landesverfassung. Der Landtag beschließt die Landesgesetze und bewilligt entsprechend den Bestimmungen der Landesverfassung den Jahreshaushalt, wobei selbstverständlich die Befugnisse, welche die Landesregierung durch das Gleichschaltungsgesetz oder die Dietramszeller Notverordnung des Reichspräsidenten vom 24. August 1931 (RGBl. I S. 453) erhalten hat, unberührt bleiben. Die Landesregierung behält ferner, wie gesagt, auf dem Gebiet ihrer sachlichen Zuständigkeit eine selbständige *Vertretungsbefugnis* für ihr Land. Sie ist, trotz der Befugnisse des Reichsstatthalters, Landesregierung im Sinne des Art. 63 RV., der bestimmt, daß die Länder im Reichsrat durch Mitglieder ihrer Landesregierungen vertreten werden. Auch die Instruktion der Reichsratsbevollmächtigten bleibt, vorbehaltlich der allgemeinen Gleichschaltungsbefugnis des Reichsstatthalters, Sache der Landesregierung. Das Statthaltergesetz sagt in § 1 Abs. 3 ausdrücklich, daß Art. 63 RV. unberührt bleibe. Es hätte einer solchen besonderen Erklärung nicht bedurft; immerhin war es wohl zweckmäßig, diese den Reichsrat betreffenden Befugnisse der Landesregierung noch besonders zu erwähnen, weil damit gleichzeitig dem Vorbehalt des sog. Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933, wonach die Einrichtung des Reichsrats „als solche“ vorbehalten ist, Rechnung getragen und außerdem klargestellt wird, daß die preußischen Provinzialstimmen im Reichsrat bleiben.

Mißtrauensbeschlüsse des Landtags gegen Vorsitzende und Mitglieder von Landesregierungen sind in § 4 des Statthaltergesetzes ausdrücklich verboten. Eine der schlimmsten Fehlkonstruktionen der Weimarer Verfassung, das Nebeneinander von Reichs- und Länderparlamentarismus, ist jetzt beseitigt. Art. 17 Abs. 1 Satz 3 („Die Landesregierung bedarf des Vertrauens der Volksvertretung“) ist aufgehoben und durch die neue Regelung ersetzt. Daß

Mißtrauensbeschlüsse eines Landtags gegen den Reichsstatthalter unzulässig sind, versteht sich von selbst.

Preußen

In Preußen übt der Reichskanzler die Befugnisse des Reichsstatthalters aus. Wenn die Tagespresse den Reichskanzler meistens Reichsstatthalter für Preußen nennt, so ist das eine ungenaue Bezeichnung. *Preußen hat keinen Reichsstatthalter* wie die anderen Länder. Ein Statthalter des Reichs in der Reichshauptstadt selbst wäre eine seltsame Erscheinung und nur aus der bundesstaatlichen Denkweise der Vergangenheit begreiflich. Gerade dadurch, daß es in Preußen keinen besonderen Reichsstatthalter gibt, treten die engere Verbindung von Reich und Preußen, die Überwindung des alten komplizierten und gefährlichen „Dualismus" und die Stellung Preußens als der „Hausmacht" des Reichs noch klarer und deutlicher hervor.

An sich sind mehrere Möglichkeiten zur Überwindung des Dualismus gegeben. Von ihnen kamen folgende besonders in Betracht. Man konnte zunächst daran denken, das mit dem 20. Juli 1932 eingeführte *Reichskommissariat* auf neuer verfassungsrechtlicher Grundlage weiterzuführen, doch hätte diese Regelung den Maßnahme-Charakter niemals ganz verlieren können. An zweiter Stelle kam eine *Personalunion* zwischen Reichskanzler und preußischem Ministerpräsidenten in Frage, bei welcher der Reichskanzler sich für die Ausübung seiner Rechte als preußischer Ministerpräsident durch ein Mitglied des Staatsministeriums, das gleichzeitig Mitglied der Reichsregierung sein müßte, hätte vertreten lassen können. Diese Lösung hätte in der Richtung der Praxis Bismarcks gelegen, entspräche aber der gänzlich andersartigen gegenwärtigen Verfassungslage nicht mehr im gleichen Maße wie zur Zeit des monarchischen Bundesstaats. Das Statthaltergesetz hat sich dafür entschieden, daß der *Reichskanzler die Rechte eines Reichsstatthalters selber ausübt*. Zur Vermeidung einer Überlastung mit preußischen Amtsgeschäften kann er die in § 1 Abs. 1 unter Ziff. 4 und 5 genannten Rechte (Beamtenernennung und Begnadigungsrecht) auf die preußische Landesregierung übertragen. Hierbei steht es ihm frei, die Verteilung dieser Ausübung nach seinem Ermessen zu regeln. Auch wird die Übertragung nicht für alle Zeit und unwiderruflich vorgenommen werden dürfen. Der Reichskanzler kann auch den Vorsitz in den Sitzungen der Landesregierung allgemein oder für bestimmte politisch wichtige Angelegenheiten oder von Fall zu Fall übernehmen (§ 1 Abs. 2).

Eine weitere Besonderheit der für Preußen getroffenen Regelung liegt darin, daß *Mitglieder der Reichsregierung gleichzeitig Mitglieder der preußischen Landesregierung* und umgekehrt natürlich auch Mitglieder der preußi-

schen Landesregierung Mitglieder der Reichsregierung sein können. Damit ist die Möglichkeit geschaffen, in Preußen die Gleichschaltung von Reich und Land bis zur Personalunion einzelner Ministerien zu führen. Die Vorteile solcher Verbindungen, die sich bereits im Bismarckschen Reich als notwendig erwiesen, sind offensichtlich. Die gegenwärtig bereits für einzelne Geschäftsbereiche erprobte Personalunion zwischen Reichs- und preußischen Stellen könnte beibehalten oder ausgedehnt, preußische Minister können mit oder ohne Geschäftsbereich in die Reichsregierung aufgenommen werden, und umgekehrt. Für andere Länder kommt eine solche gleichzeitige Zugehörigkeit zur Reichs- und zur Landesregierung schon aus praktischen Gründen nicht in Betracht. Der Reichskanzler selbst kann nicht nur nach seinem Ermessen den Vorsitz in den Sitzungen der Landesregierung übernehmen (§ 1 Abs. 2), sondern auch Mitglied der preußischen Landesregierung sein. Hierin zeigt sich wiederum, daß er, genau gesprochen, nicht Reichsstatthalter für Preußen ist, sondern dort nur die Rechte eines solchen ausübt. Wäre er Reichsstatthalter für Preußen, so würde entweder das Verbot des § 2, wonach der Reichsstatthalter nicht gleichzeitig Mitglied einer Landesregierung sein darf, auch für Preußen gelten, oder es hätte eine ausdrückliche Ausnahme für den preußischen Reichsstatthalter gemacht werden müssen, was nicht geschehen ist.

Nach § 2 des Gesetzes über Titel, Orden und Ehrenzeichen (RGBl. 1933 I S. 180) werden in Preußen *Titel* vom *Ministerpräsidenten* in Vertretung des Reichskanzlers verliehen. Darin liegt eine Singularität gegenüber der sonstigen in § 5 Abs. 1 Satz 2 des Statthaltergesetzes getroffenen Regelung.

Inkrafttreten und Einwirkung auf die bisherige Verfassungslage

Das Reichsstatthaltergesetz ist am Tage nach seiner Verkündung in Kraft getreten (§ 6). Die Ernennung der einzelnen Statthalter wird nicht sofort an einem Tage vorgenommen werden können. Das betrifft aber nur die Durchführung des Gesetzes, nicht sein Inkrafttreten. Aus praktischen und politischen Gründen wird die Ernennung der Reichsstatthalter baldmöglichst und gleichzeitig erfolgen müssen, damit nicht der Eindruck entsteht, als handele es sich bei der Ernennung des Reichsstatthalters um eine für bestimmte Länder besonders beabsichtigte Sondermaßnahme, was weder im Sinne des Statthaltergesetzes noch der Einrichtung des Statthalters liegt. Für die Zusammenfassung mehrerer kleiner Länder unter einem gemeinsamen Statthalter (§ 2 Abs. 2) könnten allerdings einige weitere Verhandlungen und Erwägungen notwendig werden.

Durch § 6 Satz 2 sind entgegenstehende Bestimmungen der Reichsverfassung vom 11. August 1919 sowie entgegenstehende Bestimmungen der Lan-

desverfassung sämtlich mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes aufgehoben. Nur soweit Bestimmungen der Landesverfassungen das Amt eines Staatspräsidenten vorsehen, treten sie erst mit der Ernennung des Reichsstatthalters außer Kraft. Im übrigen zeigt die Bestimmung des § 6 Satz 2, daß dieses Statthaltergesetz eine neue verfassungsrechtliche Regelung ist, die nicht etwa bloß als Durchbrechung oder Ausnahme neben der Weimarer Verfasung steht, sondern als formell und materiell vollgültiges Verfassungsgesetz neues Verfassungsrecht schafft und das Verhältnis von Reich und Ländern auf eine neue Grundlage stellt.

So greift die Einrichtung des Reichsstatthalters im Ganzen und in zahlreichen Einzelheiten tief in die bisherige Rechts- und Verfassungslage ein. Der *Grundsatz des Art. 5* der Weimarer Verfassung, daß die Staatsgewalt in Reichsangelegenheiten von Reichsorganen, in Landesangelegenheiten von Landesorganen ausgeübt wird, ist beseitigt und durch die folgerichtige Durchführung des Grundsatzes ersetzt, daß die Einheitlichkeit der deutschen Staatsführung vom Reich her bewirkt wird. Die *Reichsaufsicht* des Art. 15 wird infolge der Gleichschaltung an Bedeutung verlieren; sie bleibt zwar bestehen, aber in der Ausgestaltung, die sie unter den allerdings wesentlich andersgearteten geschichtlichen und politischen Bedingungen des bisherigen Reichs erhalten hat, wird sie zurücktreten und jedenfalls politisch keine zentrale Einrichtung des deutschen Reiches mehr sein. Es wäre verfehlt, die durchaus eigenartige, nur als Korrelat der Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet der Gesetzgebung verständliche Einrichtung dieser Reichsaufsicht des Art. 15 mit den neuen Einflußmöglichkeiten des Reichs zu vermengen oder den Begriff der *Führung* auf den der *Aufsicht* herabzudrücken. Es war meiner Ansicht nach schon ein Irrtum, die Zwangsbefugnisse des Reichspräsidenten nach Art. 48 (sog. Reichsexekution) unter den Begriff der Aufsicht zu stellen und dadurch an das besonders geartete Rechtsinstitut des Art. 15 heranzubringen. In noch weit höherem Maße wäre es irreführend, die Befugnisse des Reichsstatthalters irgendwie an bisherige Vorstellungen von „Aufsicht“ zu binden und von ihnen aus verfassungsrechtlich zu konstruieren. Die Befugnis des Reichspräsidenten, nach Art. 48 Abs. 1 ein Land, das seine Pflichten gegenüber dem Reich nicht erfüllt, nötigenfalls mit bewaffneter Macht, zur Pflichterfüllung anzuhalten, bleibt bestehen, hat aber gleichfalls an praktischer Bedeutung verloren. Über die tiefgreifende Änderung des Art. 17 ist bereits oben in der Darstellung der Grundlinien des Statthaltergesetzes gesprochen worden.

Da es sich um die *politische* Gleichschaltung von Reich und Ländern handelt, sind hier auch die Bestimmungen des Art. 19 RV. über den *Staatsgerichtshof* nicht mehr von Interesse. Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern sind natürlich noch möglich; betreffen sie aber die hier interessierenden Fragen der politischen Gleichschaltung, so gehören sie, wenigstens in einem

Staat von der Art des neuen nationalen Deutschen Reichs, nicht in ein justizförmiges Verfahren; sie sind auch in keinem normalen Staatswesen jemals eine Angelegenheit der Justiz gewesen. Im übrigen ist die Frage der Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs für Streitigkeiten zwischen Landtag, Landesregierung oder sonstigen Landesstellen und dem Reichsstatthalter im Statthaltergesetz absichtlich nicht erwähnt worden. Die gesamte Frage der Staats- oder Verfassungsgerichtsbarkeit bedarf ohnedies einer gründlichen Neuordnung, welche die großen Erfahrungen der letzten Jahre, insbesondere auch diejenigen der letzten Leipziger Prozesse gegen das Deutsche Reich, verwertet und in den Dienst des neuen Reichsgedankens stellt.

Schluß

Das Reichsstatthaltergesetz trägt den Charakter einer *grundgesetzlichen* Regelung. Es konnte und durfte daher nicht alle die zahllosen denkbaren Einzelheiten, Verwicklungen und Streitmöglichkeiten im voraus zu regeln suchen, sondern mußte sich auf einige wesentliche politische Entscheidungen beschränken und im übrigen sowohl der verständnisvollen Zusammenarbeit von Reichsstatthalter und Landesregierung, wie auch der politischen und geschichtlichen Entwicklung Spielraum lassen. *Um so wichtiger ist es, daß die Handhabung und Auslegung dieses Gesetzes sich von Anfang an von dem Geist der neuen Reichsordnung leiten läßt.* Der Geist des Parteienbundesstaats, der den Bundesgedanken benutzte, um ihn in Verknüpfung mit dem Staatsgedanken gegen ein starkes Reich auszuspielen und die Jurisprudenz einer auf Kosten des Reiches konstruierenden Staatsrechtslehre dürfen sich nicht in die Anwendung dieses neuen Gesetzes einmischen. Gerade weil alte Gewohnheiten und Denkweisen leicht wieder vordringen und darauf warten, daß die Kraft des ersten revolutionären Anlaufs ermattet, bedarf es größter staatspolitischer Bewußtheit, um dem großen Werk der Neugestaltung des Reichs Wirksamkeit und Dauer zu verschaffen.

3. Das gute Recht der deutschen Revolution

Westdeutscher Beobachter Nr. 108 v. 12. Mai 1933

Schlag auf Schlag hat die Reichsregierung Gesetze erlassen, deren eigentliche Tragweite nur Wenigen zum Bewusstsein gekommen ist und deren Auswirkung über den gegenwärtigen Augenblick der ersten Anwendung weit hinausreicht. Der gemeinsame Rechtsgedanke, der das ganze vorliegende Gesetzgebungswerk beherrscht und trägt, lässt sich in ein Wort und einen Begriff zusammenfassen: *Gleichartigkeit*. Ein Volk erwacht zum Bewusstsein seiner eigenen Art und besinnt sich auf sich selbst und seinesgleichen.

Gleichartigkeit ist mehr und etwas Tieferes als Gleichschaltung, die nur ein Mittel und Werkzeug der Gleichartigkeit ist. Das erste Gleichschaltungsgesetz brachte die Landtage und Gemeindevertretungen in Übereinstimmung mit dem Reichstag. Das Reichsstatthaltergesetz überwand mehrere Jahrhunderte staatlicher Verschiedenartigkeit, die von inneren und äußeren Feinden des Deutschen Reiches liebevoll gehegt worden war. Die neuen Bestimmungen über Beamte, Ärzte und Anwälte reinigen das öffentliche Leben von nichtarischen fremdgearteten Elementen. Die Neuregelung des Zugangs zu deutschen Schulen und die Einrichtung einer deutschstämmigen Studentenschaft endlich sichern die eigenvölkische Art der kommenden deutschen Geschlechter. Eine neue berufsständische Ordnung wird folgen. In diesen großen und tiefgreifenden, aber gleichzeitig innerlichen und, ich möchte sagen, intimen Wachstumsprozess soll sich kein Fremdgearteter einmischen. Es stört uns, auch wenn er es vielleicht gut meint, auf eine schädliche und gefährliche Weise. Wir lernen wieder unterscheiden. Wir lernen vor allem Freund und Feind richtig unterscheiden.

Das deutsche Recht und der deutsche Staat beruhen von jetzt ab nicht mehr auf einer leeren und formalen „Gleichheit Aller vor dem Gesetz“ oder einer irreführenden „Gleichheit alles dessen, was Menschenantlitz trägt“, sondern auf der sachlichen und substanzhaften Gleichartigkeit des ganzen, in sich einheitlichen und gleichartigen deutschen Volkes. Ohne diese Gleichartigkeit im Wesen und in der Sache führt alle formale Gleichheit nur dazu, daß in der Sache und im Wesen *Ungleiches gleich*, und Gleiches ungleich behandelt wird. Das ist schlimmstes *Unrecht* und macht das formale Recht zum Werkzeug und zur Waffe von Fremden und Betrügern.

Aber die aus dem 19. Jahrhundert überlieferte Denkweise des liberalen Rechtsstaates und die Gewohnheiten einer mechanisierten Bürokratie halten

sich auch heute noch an jenen formalistischen Begriff von Recht und Rechtsstaat. So kann es auf manchen braven Deutschen Eindruck machen, daß man heute zur Hemmung der deutschen Revolution den geheiligten Namen des „Rechtsstaates" beschwört. Gute alte Liberale, die sich mit bestem Gewissen darauf berufen, daß sie eigentlich nicht „liberal", sondern immer nur „freikonservativ" gewesen seien, bilden die vorderste Reihe dieser Hüter des Rechtsstaatsgedankens. Hinter ihnen steht eine andere Reihe, deren „Mentalität" schon nicht mehr so ganz unproblematisch ist, die aber auch noch mit einigem guten Gewissen ins Horn stoßen können. Dann kommen bereits offenkundige Nutznießer einer höchst bedenklichen Art von „Rechtsstaat" und schließlich nehmen auch noch unverkennbare Saboteure hinter diesem Begriff Deckung. Alle suchen das starke natürliche Rechtsgefühl des deutschen Volkes für sich zu mobilisieren; alle möchten es hintertreiben, daß aus einer halb illusionistischen, halb betrügerischen „*Gleichheit*" eine sachliche, substanzhafte *Gleichartigkeit* werde, und aus einem mechanistischen, von jedem Fremdling zu handhabenden Legalitätssystem das gute Recht der guten deutschen Sache.

Welche Bedenken herrschen nicht bei dieser Art von Rechtsstaatlern, weil ein verwegener Brandstifter erhängt werden könnte, ohne daß die Strafe des Erhängens bereits zur Zeit seiner Tat angedroht war! Das verletzt ja den grundrechtlichen Satz „keine Strafe ohne Gesetz". Welch ein tiefes Mitleid regte sich, als die wohlerworbenen Rechte, die sich mancher Eindringling vielleicht gerade noch rasch vor Todesschluss glücklich erschoben hatte, nunmehr „angetastet" wurden! Da muss ja alle „Rechtssicherheit" aufhören! Merkwürdig, dieser sittliche Eifer und diese Gefühlswärme bei sonst so eiskalten Formalisten, die einem so „logisch" klarmachen konnten, daß alle Rechte selbstverständlich wohlerworbene Rechte sind, weil es schlecht erworbene Rechte doch nicht geben kann! Für sie gab es ja bisher nur „positives" Recht. Alles Recht war ihnen gleich recht, Mark war ja auch Mark, und getauft war getauft. Tausende von deutschen Bauern sind im Laufe des letzten Jahrhunderts durch den Gerichtsvollzieher des Wucherers ins Elend gestoßen worden; das war „Rechtsstaat" und die ökonomische Gesetzmäßigkeit der sich selbst regulierenden Marktverhältnisse. Eine starke und edle nationale Bewegung wurde unter groben und aufreizenden Verfassungswidrigkeiten misshandelt; das war „Gleichbehandlung der extremen Parteien von rechts und links", also wiederum Gleichheit vor dem Gesetz und positiv und „formal" in bester Ordnung. Tausende von Fremden durften den Namen ändern, der sie kenntlich gemacht hätte, und bekamen die behördliche Erlaubnis, harmlose Deutsche mit vertrauenerweckenden Namen zu täuschen; das war ein gesetzmäßiger Verwaltungsakt der zuständigen Behörde und begründete ein wohlerworbenes Persönlichkeitsrecht auf den Namen. Diese Art von liberalem Rechtsstaat hat es schließlich fertig gebracht, aus dem Strafgesetzbuch

einen großen „Schutzbrief des Verbrechers“ zu machen, und die Verfassung wurde folgerichtig zum Schutzbrief des Landesverrats. Deutsche Richter waren hilflos gegenüber den Dreistigkeiten fremdrassiger Rabulisten; der „Rechtsstaat“ wäre gefährdet gewesen, wenn einer es gewagt hätte, sich einmal energisch dagegen zu wehren.

Für viele, die ein Interesse daran haben, daß „wir alle gleich“ sind und daß man nicht genauer unterscheidet, war das eine köstliche Zeit. Kein Wunder, daß sie sich mit Händen und Füßen im 19. Jahrhundert festklammern und Deutschland hindern möchten, ein Staat des 20. Jahrhunderts zu werden. So finden sich sonderbare Bundesgenossen zusammen, um das neue revolutionäre deutsche Recht, das diesem Paradies ein Ende macht, als eine bloß vorübergehende und oberflächliche Abnormität einengend und einschränkend auszulegen und die Rücksichten und Ausnahmen, die der Gesetzgeber vorgesehen hat, als eine Rückkehr zur rechtsstaatlichen Grundlage und zum Normalzustand möglichst weit und großzügig zu interpretieren. Es ist nicht erstaunlich, daß mancherlei versucht wird, die folgerichtige Weiterentwicklung und Fortführung des neuen Rechts zu hemmen und das neue deutsche Leben rechtzeitig abzutreiben. Sie sagen sich: wir haben uns im November 1918 „ganz und vorbehaltlos“ auf den Boden der Tatsachen gestellt, und gut dabei abgeschnitten, warum soll man es heute nicht ebenso machen? Sie hoffen, der Strom des neuen Rechts, der sich über den Sumpf des bisherigen Systems ergießt, werde sich bald assimilieren und ebenfalls versumpfen. Sie „begrüßen die nationale Revolution“, sehen aber ihr Hauptverdienst und Merkmal darin, daß sie „legal“ zustande gekommen ist und sich schleunigst wieder auf die liberalen Prinzipien besinnt.

Demgegenüber sollten sich alle Deutschen dieses zum Bewusstsein bringen: *das gute Recht der deutschen Revolution beruht nicht darauf, daß sie die Legalität des Weimarer Systems und seiner Verfassung respektiert hat.* Gewiss, die deutsche Revolution war legal; sie war es aus deutscher Disziplin und deutschem Sinn für Ordnung. Man beleidigt sie aber, wenn man ihre Disziplin als Unterwerfung unter den Geist und die Gesinnung des früheren Systems hinstellt, und man fällt ihr in den Rücken, wenn man ihr neues Recht mit den Begriffen ihres Todfeindes zu korrigieren sucht. Roland Freisler hat hier vor einigen Tagen in seinem Aufsatz „Staat und Justiz“ die Begriffe richtiggestellt: ein Staat, der die geballte Kraft der Nation sichert und seiner Aufgabe in allen Einzelhandlungen bewusst ist, ist ein Rechtsstaat; ein von liberalistischen Dokumenten geleitetes Gebilde ist kein Rechtsstaat. Wir brauchen uns nicht von den liberalen Hütern eines arg missbrauchten Begriffes darüber belehren zu lassen, was Recht und Gerechtigkeit und was ein Rechtsstaat ist. Wir schaffen heute zunächst einmal die notwendige Gleichartigkeit; erst dann kann wieder eine vernünftige und gerechte Gleichheit herrschen; erst dann können wieder formale Normen ihren Lauf nehmen, die eine

sinnvolle Legalität in sich enthalten. Die deutsche Revolution lässt sich nicht in der Schlinge einer ihr fremden und feindlichen Legalität fangen. Sie wird die ihr wesensgemäße materielle und formelle Rechtsordnung aus ihrem eigenen Leben und ihrer eigenen Gesetzmäßigkeit heraus entwickeln.

4. Die deutschen Intellektuellen

Westdeutscher Beobachter Nr. 126 v. 31. Mai 1933

Heute sitzen Hunderte von „deutschen Intellektuellen“ im Ausland und hetzen zum Krieg gegen das deutsche Volk. Den Landes- und Volksverrat, den sie jahrzehntelang heimlich und getarnt betrieben haben, treiben sie jetzt öffentlich vor aller Welt. Die meisten von ihnen haben noch die deutsche Staatsangehörigkeit und können sich insofern noch Deutsche nennen. Ob es zweckmäßig wäre, ihnen diese Staatsangehörigkeit durch ein Gesetz abzuerkennen, ist eine – vielleicht nicht einmal wichtige – Frage für sich. Daß sie sich der deutschen Sprache bedienen, macht sie nicht mehr zu Deutschen, wie die Fälschung deutschen Geldes den Falschmünzer zum Deutschen macht. Zum deutschen *Volk* haben sie niemals gehört.

Aber auch nicht zum deutschen *Geist*. Selbst wenn sie deutschen Akademien oder Universitäten angehörten, begründete das keine Art- und Wesensverwandtschaft. Als die deutsche Studentenschaft gegen den undeutschen Geist protestierte und den widerdeutschen Schmutz verbrannte, flogen nur Bücher und Schriften von Intellektuellen ins Feuer. Ihre Trennung vom deutschen Geist ist also heute offenkundig geworden. Sind sie vielleicht trotzdem noch *deutsche Intellektuelle*? *Gibt es überhaupt einen von jedem Volkstum trennbaren und unabhängigen Intellekt?*

Viele suchen uns solche Unterscheidungen und Trennungen einzureden. Einige natürlich mit der Absicht, unter der Flagge: Intelligenz, Wissenschaft und Geistesfreiheit das Fremde wieder *einzuschmuggeln* und das unterbrochene Zerstörungswerk fortzusetzen. Andere sprechen in bestem Glauben, weil ihr Geist sich von der liberalen Denkweise des neunzehnten Jahrhunderts nicht mehr freimachen kann und ein überliefertes, auf „Bildung und Besitz“ begründetes Überlegenheitsgefühl ihren Blick trübt. Für diese weit verbreitete, in manchen Jahrgängen sogar vorherrschende Denkweise ist ein Aufsatz „Herz und Hirn“ kennzeichnend, der vor kurzem in der Kölnischen Zeitung (Nr. 272) erschien. Dort war ausgeführt, der Intellekt sei „seiner Natur nach immer etwas zum Teil (!) Volksfremdes“; was im Laboratorium des Chemikers oder in der faustischen (!) Studierstube des Philosophen vor sich gehe, sei „nicht für eine unmittelbare Anteilnahme der Massen“. Gelehrte Forscher, Philosophen und Künstler werden hier zusammen genannt; ihre Arbeit soll „zum Teil volksfremd“ sein. Zwar können sie „volksverbunden“ werden, aber nur durch die Seele, nicht durch den Intellekt. Ein Physi-

ker, so heißt es, kann deutsch empfinden, aber nicht volksverbunden über die Struktur der Atome spekulieren. Große Künstler seien lange unpopulär und volksfremd gewesen. Daher sei der Intellektuelle heute „grundsätzlich Zweifeln an seiner Gesinnung ausgesetzt“, weil gegenwärtig das Gefühlsmäßige überwiege.

Das ist Satz für Satz ein Dokument, wenn auch nicht gerade das eines *bedeutenden Intellekts*! Es ist als Dokument von politischem Interesse, weil es die Sinnesart einflussreicher bürgerlicher Schichten offenbart, die auf Grund ihrer Bildung den Anspruch erheben, Führer des deutschen Volkes zu sein. Es kommt hier nicht gerade auf jenen Aufsatz an, der mit so vielen einschränkenden Halbwahrheiten und vorsichtig offengehaltenen Hintertüren versehen ist, daß er kaum einen tieferen Eindruck machen kann. Auch daß man hinter der Freiheit des Geistes und der Unabhängigkeit der Wissenschaft Deckung nimmt, ist nichts Neues, und daß die Wissenschaft sich nicht kommandieren lässt, wissen wir auch. Aber man achte auf einige unwillkürliche Symptome. Das Volk wird unter der Hand zur Masse, Unpopularität wird zur Volksfremdheit gemacht. Die ganze Unfähigkeit des liberalen neunzehnten Jahrhunderts, das Volk anders als ein Objekt romantischer Gefühle zu verstehen, bleibt unverändert; sie verschanzt sich hinter der Reinheit und Selbständigkeit von Kunst und Wissenschaft, und zwar im Interesse bestimmter Menschen, die sich auf Kunst und Wissenschaft berufen, nämlich eben jener „Intellektuellen“.

Kennzeichnend ist vor allem, daß von einer nur gefühlsmäßigen *Volksverbundenheit* gesprochen wird. Das ist etwas nur Subjektives, nichts Verstandesmäßiges, etwas von außen Hinzukommendes, und wird als „Gefühl“ großmütig konzediert. Kein Wort und keine Ahnung dagegen von der unentrinnbaren, objektiven, existenziellen *Volksgebundenheit*, die jede, auch die scheinbar abstrakteste menschliche Äußerung und jede, auch die subtilste geistige Betätigung bis in ihr letztes Atom hinein von innen heraus bestimmt. Man tut so, als hätte zum Beispiel die klassische Geometrie statt von dem Griechen Euklid ebensogut von irgendeinem intelligenten Neger geschaffen werden können, und als wäre das mathematische Genie des deutschen Philosophen Leibniz ebenso gut irgendwo anders und zu irgendeiner anderen Zeit unter Mexikanern oder Siamesen denkbar.

In Wahrheit kann sich kein Verstand eines einzelnen Individuums dem Ganzen, der Totalität seines konkreten Daseins entziehen, und das ist eben seine Volksgebundenheit. Es kommt nicht darauf an, daß jeder Volksgenosse jeden anderen auf dessen Spezialgebiet versteht und anerkennt. Die Frage ist, ob der schöpferische menschliche Geist der einzelnen von der Gesamtexistenz eines bestimmten Volkes abgetrennt und isoliert werden kann. Er kann es nicht. Selbst jenen „spekulierenden Physiker“, der als ein besonders schla-

gendes Beispiel erwähnt wird, haben wir inzwischen näher kennengelernt. Es ist Albert Einstein, den die Reklame seiner Volksgenossen neben Christus zu stellen wagte. Dieser „stille Gelehrte“ hat sich als gifterfüllter Deutschenhasser entpuppt. Hier hörte sein berühmter Relativismus plötzlich auf, nicht zufällig, sondern aus der Gesamtstruktur seines Daseins heraus, die auch zu seinem Denken und seinem gesamten Weltbild gehört. Gerade wenn er als Relativist in Atomen spekulierte, zeigte sich, daß er in jeder Faser, auch in jeder Gehirnfaser, an das Volk, zu dem er gehört, und die politische Situation dieses Volkes gebunden ist.

Es gehört zu den großen und entscheidenden Einsichten unserer deutschen Gegenwart, daß aller menschliche Geist und alle Produktivität im Zusammenhang eines umfassenden, totalen Ganzen steht. Auf dieser Erkenntnis beruht auch die große geistige Überlegenheit des deutschen Nationalsozialismus, die ihn über die wissenschaftlichen Irrtümer und Nachwirkungen des neunzehnten Jahrhunderts erhebt. In dieser Hinsicht lassen wir uns nicht mehr täuschen. Hier haben wir einen guten und sicheren Anhaltspunkt, um den geistigen Grad und Standort eines Menschen zu bestimmen. So groß die naturwissenschaftlich-technische Leistung des neunzehnten Jahrhunderts war, so groß ihre wirtschaftliche und technische Tüchtigkeit und ihr Erfolg, in diesen wesentlichen Dingen waren unsere liberalen Großväter und Väter einfach blind. Daher mussten sie auch in allen großen und entscheidenden politischen Augenblicken versagen. An der Spitze des Deutschen Reiches, dieses großartigen Staatswesens mit seinem modernen Industrieapparat und dem tapfersten Heer der Welt, standen von 1914 bis 1918 als Reichskanzler instinktlose Männer, von denen man nur sagen konnte, daß sie zu den durch Bildung und Besitz gekennzeichneten Schichten gehörten. In Bethmann-Hollweg ist dieser traurige Sachverhalt sichtbare Figur geworden. Auf literarischem oder philosophischem Gebiete war es nicht besser. Unsere gebildeten Großmütter und Tanten lasen, Tränen in den schönen Biedermeier-Augen, Verse von Heinrich Heine, die sie für deutsch hielten, mehr als etwa die Verse der Annette Droste-Hülshoff. Und preußische Adelige und Theologen feierten einen Mann namens Joelsohn, der sich Friedrich Julius Stahl nannte, als den Begründer der konservativen Staats- und der Rechtsphilosophie, und lassen sich heute noch von diesem Mann, der sein Volk, seinen Glauben und seinen Namen wechselte, über Tradition und Pietät belehren. Der jüngste SA-Mann würde heute lachen, wenn man ihm einen solchen Typus, der sich durch seine bloße Existenz fortwährend selbst widerlegt, als Lehrer empfehlen wollte. Sein Lachen ist allen jenen Unterscheidungen von Herz und Hirn, Gefühl und Verstand, Seele und Intellekt nicht nur gefühlsmäßig und vital, sondern auch im eigentlich geistigen Sinn tief überlegen.

Jahrzehntelang haben wir die deutschen Intellektuellen lärmen hören und gestikulieren sehen. Ihr Geschrei klingt uns noch in den Ohren. Es war

Krampf und Mache, und auf jeden Fall mehr Affekt als Intellekt. Sprechen wir besser überhaupt nicht mehr von deutschen Intellektuellen. Das Wort ist zu sehr kompromittiert und war auch in der Sache von Anfang an nichts wert. Der geistige Arbeiter des heutigen Deutschland weiß, daß der Relativismus und die freischwebende Voraussetzungslosigkeit jener Intellektuellen bestenfalls Beziehungslosigkeit, meistens aber ein politischer Betrug war. Wer von seiner eigenen Volksgebundenheit absehen muss, kann überhaupt nichts Wesentliches sehen; auch die besonders gearteten schöpferischen Kräfte eines anderen Volkes lassen sich nur im Bewusstsein dieser Gebundenheit wissenschaftlich fruchtbar verstehen und verwerten. Es gibt keinen einzigen großen Gelehrten, den man ernsthaft als einen Intellektuellen definieren könnte. In dem Wort liegt nun einmal etwas Herabsetzendes. Wir empfinden das heute mit Recht, weil wir den freischwebenden Intellektualismus und die Volksfremdheit des liberalen neunzehnten Jahrhunderts, aus dem das Wort und die Sache stammt, nicht nur gefühlsmäßig, sondern auch verstandesmäßig überwunden haben.

Man weiß nichts von einem großen Menschen, wenn man nichts von seinem Volke weiß. Auch der einsamste deutsche Dichter, Hölderlin, war einsam, aber nicht volksfremd. Der schwäbische Tischlermeister, der den kranken Dichter vierzig Jahre behütete, stand ihm wesensmäßig näher als eine ganze Dichterakademie fremdrassiger Literaten, selbst wenn sie sein Schicksal schöngeistig benutzten oder zum Anlass ihres psychologischen Betriebes nahmen. Es gibt deutsche Dichter, deutsche Künstler, deutsche Forscher und Gelehrte. Auf jene deutschen Intellektuellen aber wollen wir verzichten. Sie mögen sich in der Kriegspropaganda feindlicher Staaten nützlich machen und bei instinktlosen Regierungen ein Asyl finden. Aus Deutschland sind sie ausgespien für alle Zeit.

5. Der Staat des 20. Jahrhunderts

Westdeutscher Beobachter Nr. 151 v. 28. Juni 1933

Die Korruption des Weimarer Parteienstaates haben wir noch in lebhaftester Erinnerung; zahlreiche starke Restbestände haben wir sogar noch vor Augen. Es wäre nun ein großer Irrtum, diesen eben überwundenen Zustand nur für einen allgemein menschlichen Missstand oder Missbrauch, für eine nicht so gefährliche, durch guten Willen und Erziehung vermeidbare Angelegenheit zu halten. In Wahrheit war die totale Korruption *tief in der Struktur eines solchen liberal-demokratischen Parteienstaates* begründet; sie ist sozusagen das Lebensprinzip eines derartigen Systems. Auch der gute Wille mancher einzelner, auch eine etwas größere Anzahl von „weißen Westen“ hätte an der inneren Logik und ihrem Ergebnis nichts zu ändern vermocht.

Die Quelle des Unheils und Unglücks lag darin, daß die liberal-demokratische Weimarer Verfassung *einer großen Zahl von verschiedenartigen Verbänden und Organisationen die Möglichkeit gab, sich der staatlichen Machtmittel zu bedienen, ohne die Verantwortung oder die Gefahr des Politischen zu übernehmen*. Politische Parteien aller Richtungen, Nationale und Internationale, Volkstreue und Staatsfeinde, Kirchen, Gewerkschaften und Konzerne konnten sich unter mannigfacher Verschleierung irgendeines Stückes der staatlichen Macht bemächtigen und der *tägliche Kompromiss dieser heterogenen Machtklumpen sollte einen politischen Willen bilden*! Der Staat bestand schließlich nur noch aus Querverbindungen. Ist es ein Wunder, daß in einem Staatswesen, in dem eine solche chaotische Verwirrung herrschte, schließlich auch die Fonds und die Bankguthaben nicht mehr genau unterschieden wurden?

Man hat dieses System, das auf dem Kompromißgeschäft und den wechselnden Koalitionen einer Mehrzahl verschiedenartiger Parteien und Verbände beruht, mit einer wissenschaftlichen Formel als „pluralistischen Parteienstaat“ bezeichnet. Anfang 1931 habe ich in einer staatsrechtlichen, streng wissenschaftlichen Untersuchung folgende Feststellung gemacht und veröffentlicht: „Es gehört zur Natur des pluralistischen Parteienstaates, daß es den Trägern dieses Systems möglich ist, je nach der Situation bald als bloß gesellschaftliche, nicht-staatliche, nicht-offizielle, d. h. unverantwortliche, mit gutem Gewissen ihrem Parteiegoismus nachgehende und keinem politischen Risiko ausgesetzte Organisation aufzutreten; bald aber, von dem Teil des Staates aus, den sie gerade besetzt halten, sich mit dem Staat zu identifizie-

ren, sich plötzlich als staatliche Autorität zu geben und die Gegenpartei als Staatsfeind zu behandeln. Diese Politik à deux mains (die mit zwei Händen spielt) hat für die Interessentenorganisationen den großen Vorteil, daß sie sich jederzeit für etwas anderes als für Politik (für Wirtschaft, Privateigentum, Religion, Kultur usw.) ausgeben und doch alle Vorteile der Staatlichkeit ausnützen können. Das ist allerdings nur solange möglich, als nicht von irgendeiner Seite her eine Entscheidung fällt; sei es aus den etwa trotzdem noch vorhandenen Kräften des staatlichen Ganzen, sei es durch den *Übergang zum Ein-Parteien-Staat*, der einer Partei das Risiko des Politischen aufzwingt".

Inzwischen ist die Entscheidung gefallen. Der Nationalsozialistischen Partei ist es gelungen, den pluralistischen Parteienstaat zu überwinden und den Ein-Parteien-Staat durchzusetzen. Sie hat sich dadurch als etwas von den früheren Parteien Wesensverschiedenes, nämlich als Trägerin der politischen *Einheit* des deutschen Volkes erwiesen. So sind wir in Deutschland aus den Verschleierungen und Vernebelungen des liberal-demokratischen Systems zu einem neuen Staatstypus, zum Staat des 20. Jahrhunderts durchgedrungen. Der neue Staat ist dreigliedrig in drei Organisationsreihen aufgebaut: Staatlicher Behördenapparat für Verwaltung und Justiz, eine aus allen Schichten des Volkes sich rekrutierende, aber in sich geschlossene, weil besonders straffer Führung bedürftige, *staatstragende Partei*; und drittens eine Wirtschafts- und Sozialordnung als ständischer oder Kooperationen-Aufbau. In der Bezeichnung „staatstragende Partei" kommt zum Ausdruck, daß die politische Führung aus dieser Organisationsreihe hervorgeht und sich auf sie stützt. Der staatliche Behördenapparat muss sich nach ihrer politischen Führung richten; sonst ist ein Beamtentum nicht möglich. Auf der anderen Seite kann aber auch die ständische Wirtschafts-und Sozialorganisation den Charakter einer unpolitischen Sphäre und alle Vorteile und Sicherungen des Unpolitischen nur dann erhalten und bewahren, wenn und solange sie sich den politischen Entscheidungen der staatstragenden Partei unterwirft. Diese ist also im eigentlichen Sinne des Wortes das *politische* Element des Gemeinwesens.

Heute kann das Deutsche Reich als politische Einheit nur noch mit Hilfe eines solchen dreigliedrigen Aufbaus begriffen werden. Das *deutsche Berufsbeamtentum*, das sich lange mit dem deutschen Staat identifizieren konnte, ist aus einer unglücklichen und unhaltbaren Zwitterstellung befreit und vor der Gefahr gerettet worden, nach liberal-demokratischer Art teils als Kompromißobjekt über die Systemparteien verteilt, teils in die Rolle eines blinden Werkzeugs, eines bürokratischen Instrumentes nicht staatlicher, aber keineswegs unpolitischer, sondern nur politisch unverantwortlicher, unsichtbarer Mächte herabgedrückt zu werden. Die Frage nach dem Verhältnis von staatstragende Partei und staatlichem Behördenapparat hat in Deutschland eine andere Bedeutung als im faschistischen Italien oder gar im bolschewistischen Russland. Weder lässt sich das deutsche Berufsbeamtentum mit dem Beam-

tentum eines anderen Landes vergleichen, noch lässt sich die Nationalsozialistische Partei als staatstragende Organisation mit jenen anderen Parteien einfach gleichsetzen. Wesentlich ist aber, daß der Durchbruch gelungen und der dreigliedrige Staatstypus des 20. Jahrhunderts in Deutschland Wirklichkeit geworden ist. Die politische Führung ist jetzt als *die Domäne der staatstragenden Partei* erkennbar zu Tage getreten und dem Zwielicht liberal-demokratischer Anonymität und Unverantwortlichkeit entrissen. Eine mächtige, von einem Führer geleitete Organisation *nimmt sowohl die politische Entscheidung wie die Verantwortung und die Gefahr des Politischen offen für sich in Anspruch*. Jetzt erst ist einesteils ein objektives Beamtentum und andererseits eine nicht parteipolitisch verwirrte Sozial- und Wirtschaftsverfassung möglich. *Sowohl das deutsche Berufsbeamtentum wie die deutsche Wirtschaft werden sich dieser Tatsache bewusst werden und sich in die neue dreigliedrige Struktur des Staates einfügen müssen.* In den Staat des vergangenen Jahrhunderts führt heute kein Weg zurück.

6. Die Bedeutung des neuen Staatsrats

Westdeutscher Beobachter Nr. 169 v. 16. Juli 1933

Immer mehr Versinken die Reste des liberal-demokratischen Systems.

Das Gesetz über den Preußischen Staatsrat vom 8. Juli 1933 ist wohl das beste Beispiel dafür, daß sich die Einrichtungen des neuen nationalsozialistischen Staates mit den Begriffen früherer Verfassungszustände nicht mehr begreifen lassen. Es wäre ganz sinnlos, diesen neuen Staatsrat mit dem Gebilde gleichen Namens in Verbindung zu bringen, das nach der *liberal-demokratischen* preußischen Verfassung von 1920 zur Vertretung der Provinzen neben dem früheren Preußischen Landtag bestand und dessen letzter Präsident noch vor wenigen Monaten der Reichsregierung mit Klagen vor dem Leipziger Staatsgerichtshof drohte und auf solche Weise das Rad der geschichtlichen Entwicklung zurückzudrehen hoffte. Aber auch die Staatsräte andrer Staaten und andrer Zeiten können mit dem heutigen Preußischen Staatsrat nicht verglichen werden. Teils waren sie Geheimberater eines absoluten Fürsten, teils haben sie sich im Laufe der Entwicklung (wie in Frankreich und Belgien) in bloße Verwaltungsgerichte, Beschwerde-Instanzen oder ähnliche Einrichtungen verwandelt. Der Preußische Staatsrat ist ebensowenig eine beratende Interessenvertretung im Stil bisheriger „Beiräte"; und noch weniger eine „zweite Kammer" von Honoratioren oder ein Senat.

Eine ganz andre, näherliegende Parallele zum neuen Preußischen Staatsrat stellt der *große faschistische Rat* dar, der durch das italienische Gesetz von 1928 gebildet wurde. Er ist eine der *tragenden Einrichtungen* des heutigen faschistischen Staates in Italien; er würde z.B. über die Nachfolge Mussolinis zu entscheiden haben. Seine Art der Zusammensetzung hat manche Ähnlichkeit mit unserem Preußischen Staatsrat. Aber er ist mehr ein Organ der faschistischen Partei mit *staatlichen Funktionen*, während der Preußische Staatsrat vor allem als ein *Staatsorgan* erscheint. Doch darf man nicht übersehen, daß das Wort „Partei" hier leicht zu Missverständnissen führt. Im Staat des 20. Jahrhunderts kann man die staatstragende „Partei" nicht mehr, wie im liberalen Parteienstaat, als „bloße Partei" zum Staat in einen Gegensatz bringen. Sie ist vielmehr unmittelbar ein wesentlicher, integrierender Bestandteil des totalen Gemeinwesens.

Das preußische Gesetz über den Staatsrat ist ganz von dem Gedanken der politischen *Staatsführung* beherrscht und schafft den neuen Staatsrat als ein *Hilfsorgan dieser Staatsführung*. Der Ministerpräsident und die preußischen

Minister sind kraft *ihres Amtes* Mitglieder des Staatrates; *kraft Ernennung durch den Ministerpräsidenten* können bis zu 30 Personen als *weitere Mitglieder* hinzu kommen. Der Ministerpräsident ernennt diese Staatsräte aus drei Gruppen, nämlich erstens aus den Staatssekretären, zweitens aus den Führern der SA und SS, sowie den für den preußischen Gebietsteil zuständigen Gauleitern der NSDAP und andern Parteistellen, und drittens aus Vertretern von Kirche, Wirtschaft, Arbeit, Wissenschaft und Kunst oder sonstigen um Staat und Volk verdienten Männern. Die Staatsräte der letzten, dritten Gruppe werden auf Lebenszeit ernannt; in den beiden andern Gruppen ist die Mitgliedschaft im Staatsrat von der Dauer des Amtes im Staat oder in der nationalsozialistischen Bewegung abhängig.

Darin zeigt sich, daß der gegenwärtige Preußische Staatsrat die drei Organisationsreihen, aus denen sich der moderne Staat des 20. Jahrhunderts zusammensetzt – staatlicher Behördenapparat, staatstragende Partei und die übrige Sphäre des öffentlichen Lebens – in sich vereinigt. Dadurch stellt er den Kontakt zwischen Staat, Partei und Volk her, und er erhält den Charakter einer Repräsentation. Aber ganz anders als eine parlamentarische Volksvertretung des 19. Jahrhunderts.

Das Lebensprinzip des Parlamentarismus des 19. Jahrhunderts war öffentliche Diskussion.

Weil von einer solchen im Deutschen Reichstage oder in den Landtagen des Weimarer Systems nicht mehr die Rede sein konnte, sind diese Einrichtungen zu lächerlichen und unmöglichen Karikaturen ihrer selbst geworden. Eine „Diskussion“ zwischen nationalgesinnten Deutschen und Landesverrätern oder der Zweiten oder Dritten Internationale wäre auch ganz sinnlos gewesen. Eine offene Saalschlacht hatte im Vergleich zu solchen „Diskussionen“ wenigstens den Vorteil der Ehrlichkeit. Und was die Öffentlichkeit der parlamentarischen Verhandlungen angeht, so war sie nur noch eine leere Fiktion. Alle wichtigen Entscheidungen fielen in den geheimen Besprechungen der Fraktionen oder in höchst okkulten Abmachungen der maßgebenden Parteigrößen.

Auch der neue Preußische Staatsrat berät und diskutiert, und zwar auf eine sehr intensive Weise, aber *nicht öffentlich*. Das Gesetz ordnet ausdrücklich an, daß die Sitzungen dieses Staatsrates nicht öffentlich sind. Dadurch ist der Abstand zu allen parlamentarischen Fiktionen des 19. Jahrhunderts klar und deutlich ausgesprochen.

Es findet sich noch eine zweite Abstandnahme von den Methoden des parlamentarischen Betriebes einer liberalen Demokratie. Das Gesetz enthält den lapidaren Satz:

Der Staatsrat stimmt nicht ab.

Wahrscheinlich wird ein solcher Satz den Routiniers der bisherigen Parteipolitik und Abstimmungstaktik vom Schlage des Herrn Löbe ganz unfassbar sein. Diese Art von Parteipolitikern kannte nichts andres als Abstimmung. Ihre Geschicklichkeit, ja, die einzige „Kunst“ des echten Parteibonzen bestand darin, die Abstimmungsmethoden und die verschiedenen Kunstgriffe der Abstimmung zu manipulieren, je nachdem die Ja- oder die Nein-Sager die Hand erheben zu lassen und mit mancherlei Kompromissen und Schlichen, bei denen jeder hoffen konnte, den andern betrogen zu haben, eine 51prozentige Abstimmungsmehrheit zusammenzuscharren. Nichts beweist mehr die innere Selbstauflösung und Degeneration des liberal-demokratischen Systems als eine derartige Abstimmungspraxis. Kein einziger dieser angeblichen „Demokraten“ brachte sich zum Bewusstsein, daß solche Abstimmungsmethoden jedes Gemeinwesen, insbesondere auch eine ehrliche Demokratie zerstören musste. Schon der Kirchenvater der modernen Demokratie, J. J. Rousseau, hat nachdrücklich betont, daß es in einer wahren Demokratie *keine Überstimmung* geben dürfe; Abstimmung mit dem Zweck der Überstimmung ist *Majorisierung*, d. h. *Vergewaltigung*. Ein von politischem Geist und artgleichem Leben erfülltes Gemeinwesen kommt auf andre Weise zu seinen Stellungnahmen und Ergebnissen.

So ist der Satz „Der Staatsrat stimmt nicht ab“ ein großartiges Zeichen der Zeitenwende. Angesichts mehrerer wahrscheinlich gutgemeinter Aufsätze, die früher liberale, jetzt gleichgeschaltete Zeitungen kürzlich über den neuen Staatsrat veröffentlicht haben, kann nicht genug davor gewarnt werden, die neuen Einrichtungen des nationalsozialistischen Staates mit den Begriffen des soeben überwundenen liberalen Verfassungssystems begreifen und beurteilen zu wollen. Es handelt sich heute um etwas gegenüber dem überwundenen System völlig Neues, nämlich den Begriff der *politischen Führung*.

Unbestrittener politischer Führer ist unser Reichskanzler Adolf Hitler. Er kann auch jederzeit die Einberufung des Preußischen Staatsrates verlangen, im Staatsrat jederzeit erscheinen und das Wort nehmen, während im übrigen Reichsstatthalter oder Reichsbeamte natürlich nicht Mitglieder des Preußischen Staatsrates sein können.

Der preußische Ministerpräsident, als der Führer der preußischen Staatsgeschäfte, ernennt die Mitglieder und ist der Präsident des Staatsrates. Er beruft den Staatsrat ein und setzt die Tagesordnung für die Sitzungen fest. Er selbst oder sein Vertreter eröffnet die Sitzungen und kann sie jederzeit ohne Rücksicht auf den Stand der Beratungen schließen. Daß dieser Staatsrat nur *beratende* Funktionen hat, darf nicht mit den Maßstäben des alten Systems beurteilt werden. Ein guter Berater kann bei einer guten Führung *wesentliche Einflussmöglichkeiten* haben; umgekehrt zeigte sich in dem Leerlauf des parlamentarischen Abstimmungsbetriebes oft genug, daß die meisten „Ent-

scheidungen“ der angeblich entscheidenden Instanzen nur leere Formalitäten waren, die andern Mächten als Kulisse dienten.

Reich und Preußen, Staat und nationalsozialistische Bewegung, Regierung und Volk, treffen sich in der Einrichtung dieses neuen Staatsrates. Mit großer Entschiedenheit entwickeln sich neue Methoden politischer Willensbildung.

Ihr Endziel ist die Einheit von Staat, Partei und Volk. Der neue Staatsrat ist ein großer Schritt zur Verwirklichung dieses nationalsozialistischen Gedankens der politischen Führung und Verbindung mit dem deutschen Volk und deutschen Staatsgedanken, dessen größter Ausdruck seit zwei Jahrhunderten der Preußische Staat gewesen ist.

7. Ein Jahr deutsche Politik – Rückblick vom 20. Juli 1932 – von Papen über Schleicher zum ersten deutschen Volkskanzler Adolf Hitler

Westdeutscher Beobachter Nr. 176 v. 23. Juli 1933

Am 20. Juli 1932 hat die wachsende Kraft der nationalsozialistischen Bewegung zum erstenmal einen offenen staatsrechtlichen Umbruch bewirkt. Die Preußische Regierung der Weimarer Koalition von Sozialdemokratie und Zentrum, der es gelungen war, sich durch den Kunstgriff einer Geschäftsordnung vom 12. April 1932 als geschäftsführende Regierung im Besitz der staatlichen Machtmittel zu halten, wurde ihrer Ämter enthoben. Der damalige Reichskanzler von Papen übernahm als Reichskommissar die Regierung des Preußischen Staates.

Technisch betrachtet gehört dieser „Preußenschlag“ vom 20. Juli 1932 zu den *Glanzleistungen* seiner Art. Er war sorgfältig vorbereitet, kam trotzdem überraschend und erreichte sein Ziel auf den ersten Anhieb. Preußen, ein Staat von 40 Millionen Einwohnern, ein mächtiger Befehlsmechanismus und Verwaltungsapparat, wurde der Regierung *Braun-Severing in wenigen Sekunden aus der Hand geschlagen*. Das Weimarer System verlor damit seine Hauptfestung, in der es sich seit Jahren parteipolitisch zu verschanzen gesucht hatte und erhielt einen tödlichen Stoß. Ein Reichswehrhauptmann war mit zwei Mann erschienen und hatte den berühmten preußischen „Leutnant mit zehn Mann“ weit in den Schatten gestellt.

Die Besiegten des 20. Juli 1932 flohen nach Leipzig zum Staatsgerichtshof. Ihrer Art lagen die Phrasen und Schikanen eines *Prozesses* mehr, als der offene politische Kampf. Sie dachten sich vielleicht diesen Prozess als ein deutsches Gegenstück zum Dreyfus-Prozess. Sie hofften vielleicht, *Leipzig* könnte das innerpolitische Genf werden, das heißt eine Einrichtung, die unter scheinjuristischen Prozeduren das *Versailles-Weimarer System* aufrecht erhält und den Status quo für heiliges Recht erklärt.

Alle Feinde eines starken Reiches und alles, was vom Missbrauch der Begriffe „Rechtsstaat“, „Bundesstaat“ und „Gleichheit vor dem Gesetz“ lebte, fand sich in Leipzig zu einer aufschlussreichen Bundesgenossenschaft zusammen. Berliner Zentralisten und Münchner Partikularisten, Gottlose und Klerikale, Marxisten und angebliche Konservative erschienen *Arm in Arm als Gegner des Reiches*. Unter „Gleichheit vor dem Gesetz“ verstanden sie die

politische Gleichbewertung von Nationalsozialisten und Kommunisten; unter „Rechtsstaat“ und „Bundesstaat“ das Recht jeder Partei, die Nationalsozialisten als Staatsfeinde zu behandeln und das Recht jedes Landes, eine „eigene Politik“ zu betreiben. Alles, was sich seit dem Dreißigjährigen Kriege in drei Jahrhunderten deutscher Reichszerstörung und Zersplitterung angehäuft und organisiert hatte, trat im Lichte dieses Prozesses anschaulich zutage. Alle Feinde Bismarcks erschienen kurz vor ihrem geschichtlichen Tode noch einmal gemeinsam auf der Bühne und sangen ihren mißtönenden *Schwanengesang vom „Recht auf eigne Politik*“.

Über das Urteil des Leipziger Staatsgerichtshofes braucht man heute nicht mehr viele Worte zu verlieren. *Die Reichsregierung behielt voll Recht*, soweit sie den Mut zu einer klaren Entscheidung gezeigt hatte, sie bekam voll Unrecht, soweit sie unentschieden gewesen war und ihre Hand auch nur ein wenig zitterte. Man hatte es nicht gewagt, die Regierung Braun-Severing, wie diese es verdient hätte und wie es Recht gewesen wäre, einfach zu beseitigen, sondern sie nur „*vorläufig des Amtes suspendiert*“; man hatte es nicht gewagt, die preußischen Reichsratsstimmen durch den Reichskommissar auszuüben, sondern die preußischen Stühle im Reichsrat unbesetzt gelassen. Infolgedessen behandelte der Staatsgerichtshof die Geschäftsregierung Braun-Severing als weiterbestehende und sogar „*eigenständige*“ *Preußische Regierung*. Das Reich behielt den preußischen Staat in der Hand, das war schließlich die Hauptsache, aber die Regierung Braun sollte „vertretungsberechtig“ bleiben und Preußen „repräsentieren“.

Heute, nach dem Gleichschaltungsgesetz und dem Reichsstatthaltergesetz, können wir uns des lächerlichen Nebeneinanders von Reichskommissar und Regierung Otto Braun nur noch wie eines *peinlichen Spuks* erinnern. Niemals hat sich die alte Wahrheit so bitter bestätigt, daß eine Einmischung der Gerichte in die Politik weder der Politik noch dem Ansehen des Gerichtes dient, sondern nur den Kräften des Verfalls zugute kommt. Nur in einem schwachen Staat war ein solches Urteil und eine solche Urteilsvollstreckung möglich.

Die *militärisch-verwaltungsmäßige Technik* des Preußenschlags vom 20. Juli 1932 war meisterhaft. Die juristische Entscheidung des Leipziger Staatsgerichtshofes war ein lavierendes Ausweichen vor der politischen Entscheidung. Was aber war die tiefere *geschichtliche* Bedeutung und der eigentliche politische Sinn dieses Vorgangs?

Der deutsche Staat des 19. Jahrhunderts war hinter der Fassade eines liberalen Verfassungsstaates in seinem Kern ein vorbildlicher *deutscher Militär- und Beamtenstaat* geblieben. Das war das Geheimnis seiner Kraft. Am 20. Juli 1932 hat dieser preußisch-deutsche Militär- und Beamtenstaat trotz der 14jährigen Verwüstungen des Weimarer Systems *noch einmal seine Kraft gezeigt* und der Berliner Korruption eines liberal-demokratischen Parteien-

staates ein Ende gemacht. Ein furchtbarer Bürgerkrieg wurde dadurch verhindert. Das bleibt ein Ruhmestitel dieses Staates.

Aber ohne den Hintergrund der mächtigen nationalsozialistischen Bewegung wäre dieser Schlag nicht gelungen, und ohne, oder gar gegen diese Bewegung war der deutsche Staat nicht mehr zu halten.

In dieser Hinsicht sind die Erfahrungen der beiden Regierungen von *Papen* und *Schleicher* beweiskräftig und entwickelt. Die Ernennung *Adolf Hitlers zum Reichskanzler* am 31. Januar 1933 war nur die logische Schlussfolgerung dieser Erfahrungen. Schon vor dem Weltkrieg und deutlicher während des Weltkrieges hatte sich gezeigt, daß jene Verbindung eines nationalliberalen Verfassungsstaates mit einem deutschen Militär- und Beamtenstaat nicht imstande war, die erste und wichtigste Aufgabe eines mächtigen Staatswesens zu erfüllen und das große Problem der *politischen Führung* zu lösen. Der liberal-demokratische Parlamentarismus konnte keine Führerauslese bewirken. Er hat sich im Gegenteil als ein *typisches Werkzeug einer negativen Auslese*, als ein Instrument der „*Herrschaft der Minderwertigen*“ erwiesen. Auf der anderen Seite fehlte es dem deutschen Militär- und Beamtenstaat, bei aller seiner vorbildlichen Tüchtigkeit und Unbestechlichkeit, doch an der *Kraft zur politischen Führung*. Er musste auf die Dauer zum Hilfsorgan und zum Bedienten des korrupten Parteienstaates werden. Er ist mit keinem einzigen der Feinde Bismarcks fertig geworden. Sein Existenzprinzip war Objektivität und Neutralität, deshalb hatte er nicht die politische Kraft, den *Staatsfeind* klar zu erkennen und rücksichtslos zu beseitigen. Er war nicht mehr imstande, für sich allein die Aufgaben einer politisch tragenden Schicht wahrzunehmen und den „Staat *über* der Gesellschaft“ – die große Staatskonstruktion Hegels – in der verzweifelten Lage des heutigen Deutschland durchzuhalten.

Daß in einer solchen Lage, von einer ganz anderen Seite her aus dem angeblich so unpolitischen deutschen Volk heraus ein *großer politischer Führer* und eine gewaltige Bewegung entstand und das Problem der politischen Führung löste, muss heute auch dem nüchternsten Betrachter als ein geschichtliches Wunder erscheinen, als eine Wendung und Fügung im tiefsten Sinne des Wortes. Die staatsmännische Überlegenheit des politischen Führers Adolf Hitler bewährte sich hier an der schwierigsten und gefährlichsten innerpolitischen Lage, an der Frage der *Legalität*. Sie ist in der Tat ein Prüfstein allerersten Ranges. Aus schlimmen Erfahrungen heraus ist in Frankreich das Wort entstanden, daß die „Legalität tötet“. Es gibt wirklich eine Art von Legalität, die den politischen Tod und den Selbstmord einer Regierung oder eines Volkes bedeutet. Das deutsche Volk hat in den letzten Jahrhunderten seiner Geschichte öfters ein *krankhaftes Legalitätsbedürfnis* gezeigt und sich für diese Todesart anfällig erwiesen. So erklärt sich ein bei manchen Natio-

nalsozialisten verbreitetes, gegenteiliges Extrem: eine grundsätzliche radikale *Illegalität*. Für sie hat schon Lenin das treffende Wort vom „Radikalismus, der Kinderkrankheit der Revolution“ gefunden. Daneben entwickelte sich unter der Weimarer Verfassung noch eine dritte Methode der Legalität, die aus der geist- und bodenlosen Formalisierung einer artfremden Rechtslehre entstand und alle legalen Einrichtungen und Möglichkeiten als *bloße technische Instrumente* und Waffen benutzte, um sie der Gegenpartei in den Rücken zu stoßen.

In den letzten Jahren der Weimarer Verfassung gab es nur noch wenig Staatsrechtslehre, wohl aber eine Parteirechtslehre des Zentrums, der Sozialdemokratie, der Bayerischen Volkspartei usw. Die Verfassung war geistig, moralisch und juristisch längst erledigt, als sie politisch beseitigt wurde.

Bloße Geschicklichkeit und Gewandtheit wären an dem Dilemma zwischen einer reaktionären Legalität und einer staatsvernichtenden Illegalität hilflos zerschellt. Viele deutsche Politiker sind an ihrer Aufgabe ruhmlos gescheitert, mochten sie nun ernste und fleißige Männer oder raffinierte und durchtriebene Taktiker sein. Adolf Hitlers große Entscheidung für die Legalität ist allen diesen Gefahren entgangen. Sie war weder etwas Reaktionäres noch etwas Anarchistisches, noch ein bloß taktischer Kunstgriff. Sie hatte die wertvollen Kräfte, die im *deutschen Ordnungssinn* enthalten sind, erkannt und geachtet, ohne sich der artfremden Legalität des Weimarer Systems innerlich zu unterwerfen. Sie hat auch die Einrichtung des deutschen Beamtentums gewahrt und durch die Reinigung von artfremden Elementen wiederhergestellt. So ist es gelungen, die Feinde Bismarcks zu beseitigen, die Liberaldemokratie des 19. Jahrhunderts zu überwinden und das Deutsche Reich zu einem modernen Staat des 20. Jahrhunderts zu machen, der von der Nationalsozialistischen Partei als der *politisch tragenden Schicht* geführt wird. Der Grundmangel des reinen Beamtenstaates, der Mangel politischen Führertums ist behoben, aber das große, geschichtliche Erbgut des deutschen Beamtenstaates ist dabei nicht vernichtet, sondern gerettet worden.

Es gibt viele verschiedene Möglichkeiten, das erinnerungsreiche Jahr, das uns vom 20. Juli 1932 trennt, zu deuten und darzustellen. Aber je tiefer die Erkenntnis bis zu den *schwierigsten Fragen der staatlichen Struktur* durchdringt, um so größer und überzeugender erscheint die Leistung des Nationalsozialismus und seines Führers Adolf Hitler.

Für die mannigfachen schweren Entscheidungen, die uns noch bevorstehen, außenpolitische, kirchenpolitische und wirtschaftliche Fragen, Abrüstung, Konkordat und ständische Ordnung, braucht man sich nur an diese große Erfahrung des letzten Jahres zu halten, um ein sicheres Vertrauen auf die *Kraft und Elastizität der nationalsozialistischen Führung* zu gewinnen.

8. Führertum als Grundbegriff des Nationalsozialistischen Rechts*

Europäische Revue, 9. Jg., H. 11, November 1933, S. 676–679

Der Nationalsozialismus denkt nicht abstrakt und schablonenhaft. Er ist ein Feind alles normativistischen und funktionalistischen Machens. Er sichert und pflegt jede echte Volkssubstanz, wo er sie trifft, in Landschaft, Stamm oder Stand. Er hat das bäuerliche Erbhofrecht geschaffen; das Bauerntum gerettet; das deutsche Beamtentum von fremdgearteten Elementen gereinigt und dadurch als Stand wiederhergestellt. Er hat den Mut, Ungleiches ungleich zu behandeln und notwendige Differenzierungen durchzusetzen. Darum wird er, wo es sinnvoll ist, eine Standesgerichtsbarkeit anerkennen, wie er sie durch das Gesetz vom 12. Mai 1933 (RGBl. I S. 264) auf der Grundlage der alten Militärstrafgerichtsordnung für das Heer wieder eingeführt hat. Auch für bestimmte Organisationen der Partei, wie SA und SS, wäre eine besondere Art von Standesdisziplin mit Standesgerichtsbarkeit denkbar. Mit der Herausbildung echter Stände wird sich das Gebiet der Standesgerichtsbarkeit von selbst erweitern. In anderer Weise, aber aus dem gleichen Sinn für das konkret Eigenwüchsige, kann der Nationalsozialismus auf dem Gebiet der kommunalen Selbstverwaltung den sachlichen Verschiedenheiten von Dorf, Landstadt, Industriegemeinde, Großstadt, Riesenstadt gerecht werden, ohne durch die falschen Gleichheitsvorstellungen eines liberaldemokratischen Schemas behindert zu sein.

Die Anerkennung der Mannigfaltigkeit des eigenwüchsigen Lebens würde aber sofort wieder zu einer unglücklichen pluralistischen Zerreißung des deutschen Volkes nach Konfessionen, Stämmen, Klassen, Ständen und Interessentengruppen hinführen, wenn nicht ein starker Staat das Ganze der politischen Einheit über alle Vielgestaltigkeiten hinaushebt und sichert. Jede po-

---

* Wir freuen uns, unsern Lesern einen Abschnitt aus der demnächst in Buchform („*Staat, Bewegung, Volk*. Die dreigliedrige Gesamtstruktur der politischen Einheit") in der Hanseatischen Verlagsanstalt, Hamburg, erscheinenden großen Rede des führenden Berliner Staatsrechtslehrers auf dem Leipziger Juristentag vorlegen zu können. Nachstehende Ausführungen sind mit freundlicher Genehmigung des Verfassers und des Verlags deren letztem Teil „Führertum und Artgleichheit als Grundbegriffe des nationalsozialistischen Rechts" entnommen und behandeln die grundsätzliche und praktische Bedeutung nur des ersten Grundbegriffs, insbesondere in seiner Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Selbstverwaltung. Vorbem. d. Red.

litische Einheit bedarf einer zusammenhängenden, inneren Logik ihrer Einrichtungen und Normierungen. Sie braucht einen einheitlichen Formgedanken, der alle Gebiete des öffentlichen Lebens durchgängig gestaltet. Auch in diesem Sinn gibt es keinen normalen Staat, der nicht total wäre. So mannigfaltig die Gesichtspunkte für die Regelungen und Einrichtungen der verschiedenen Lebenssphären sind, so bestimmt muß auf der anderen Seite ein einheitliches, folgerichtiges Hauptprinzip anerkannt und festgehalten werden. Jede Unsicherheit und jeder Zwiespalt wird zu einem Ansatzpunkt zuerst staatsneutraler, dann staatsfeindlicher Bildungen und zur Einbruchsstelle pluralistischer Aufsplitterung und Zerreißung. Ein starker Staat ist die Voraussetzung eines starken Eigenlebens seiner verschiedenartigen Glieder. Die Stärke des nationalsozialistischen Staates liegt darin, daß er von oben bis unten und in jedem Atom seiner Existenz von dem Gedanken des Führertums beherrscht und durchdrungen ist. Dieses Prinzip, durch das die Bewegung groß geworden ist, muß sowohl in der staatlichen Verwaltung wie in den verschiedenen Gebieten der Selbstverwaltung sinngemäß durchgeführt werden, unter selbstverständlicher Berücksichtigung der durch die Besonderheit der Materie gebotenen Modifikationen. Es wäre aber nicht zulässig, ein bestimmtes wichtiges Gebiet des öffentlichen Lebens von der Herrschaft des Führergedankens auszunehmen.

Der äußerlich so starke Militär- und Beamtenstaat des deutschen 19. Jahrhunderts hat den schweren politischen Fehler begangen, in der *kommunalen Selbstverwaltung* ein anderes Gestaltungsprinzip aufkommen zu lassen als in der staatlichen „Exekutive", das hieß damals: im Staate selbst. Daß die Gemeindevertretung aus Wahlen hervorging, hätte bei der Wesensverschiedenheit von Gemeinde und Staat an sich noch keine innerstaatliche Zwiespältigkeit zu begründen brauchen; doch wurde die gewählte Gemeindevertretung, eben weil sie gewählt war, als wahrer Träger und Repräsentant der Gemeinde aufgefaßt, wodurch für die Gemeinde ein dem monarchischen Staat widersprechendes Formprinzip anerkannt war. Die kommunale Selbstverwaltung wurde dadurch zu einer Einbruchstelle des liberaldemokratischen parlamentarischen Prinzips in einen monarchistisch-autoritären Beamtenstaat. Der Freiherr vom Stein ist schon im Jahre 1810 zu der Einsicht gekommen, daß er den „Unterschied zwischen Verfassung und Verwaltung nicht scharf genug im Auge behalten" habe. Unter dem typischen Vorwand, daß es sich um „unpolitische" Selbstverwaltungsangelegenheiten handle, schuf sich das liberale Bürgertum eine dem Staat entzogene öffentlich-rechtliche und doch „staatsfreie" Sphäre, in der andere politische Ideale, andere Form- und Gestaltungsprinzipien galten als im Staat. Unter deutsch-rechtlichen Tarnungen wie „Genossenschaftsgedanke", „Freiheit der Selbstverwaltung", „eigene Angelegenheiten" usw. erschütterte dann eine ziel- und zweckbewußte Rechtslehre das Führerprinzip des preußischen Staatswesens. Die Lehre von der Wesens-

gleichheit aller menschlichen Verbände, insbesondere auch von Gemeinde und Staat, unterstützte auf eine sehr wirksame Weise die Eroberung des preußischen Staates durch ein ihm wesensfremdes Organisationsprinzip.

Freilich zeigte der deutsche Militär- und Beamtenstaat gegenüber dem scheinbar unwiderstehlichen Vordringen liberaler Gedanken eine zähe Widerstandskraft; er schuf eine vorbildliche organisatorische Durchdringung von staatlicher Verwaltung und kommunaler Selbstverwaltung, für die der preußische Landrat das berühmteste Beispiel ist; auch verhinderte das für die Gemeindewahlen geltende Dreiklassenwahlrecht die letzten Konsequenzen einer folgerichtigen Liberaldemokratie. Aber es ist doch nicht zu verkennen, daß der Staat dem bald nationalliberal, bald freikonservativ, bald genossenschaftsrechtlich, bald kommunalfreisinnig vordringenden Gegner geistig nicht gewachsen war, sondern auch hier in der Defensive kämpfte. Infolgedessen wurde er schließlich besiegt. Es braucht nicht lange bewiesen zu werden, daß es sich in unserem heutigen Staats- und Verwaltungsrecht anders verhalten muß. In einem totalen Staat darf es keine politischen Protestdemonstrationen eines Gemeindeparlamentes geben, wie z. B. jenen angeblich ganz „unpolitischen", eine „reine Selbstverwaltungsangelegenheit" und einen bloßen Akt der „Pietät" darstellenden Beschluß der Berliner Stadtverordnetenversammlung vom Jahre 1898, auf den Gräbern der Revolutionäre vom März 1848 einen Kranz niederzulegen (Urteil des AGG. vom 9. Juli 1898), oder jenen Potsdamer Flaggenstreit zwischen Staat und Gemeinde, der durch das Urteil des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich vom 9. Juli 1928 (Lammers-Simons I S. 276) zugunsten der Gemeinde entschieden wurde.

Die organisatorische Durchführung des Führergedankens erfordert zunächst negativ, daß alle der liberaldemokratischen Denkart wesensgemäße Methoden entfallen. Die *Wahl* von unten mit sämtlichen Residuen bisheriger Wählerei hört auf. (Die Neuwahl des Reichstags am 12. November 1933 kann nur als Annex einer Volksbefragung aufgefaßt werden.) Auch die alten *Abstimmungsprozeduren*, mit deren Hilfe eine irgendwie zusammenkoalierte Mehrheit eine Minderheit majorisierte und aus der Abstimmung ein Machtmittel der Überstimmung und der Niederstimmung machte, dürfen sich in einem Einparteistaat nicht fortsetzen oder wiederholen. Endlich haben die typisch liberalen Trennungen und Dualismen von *Legislative und Exekutive*, in der Gemeindeorganisation von Beschluß- und Verwaltungs- oder Ausführungsorganen, ihren Sinn verloren. Die Gesetzgebungsbefugnis der Reichsregierung ist ein erstes, bahnbrechendes Beispiel dieser Aufhebung künstlicher Zerreißungen. Überall muß das System der *Verantwortungsverteilung und -verschiebung* durch die klare *Verantwortlichkeit* des zu seinem Befehl sich bekennenden *Führers,* und die *Wahl* durch *Auswahl* ersetzt werden.

Zu dem neuen für den nationalsozialistischen Staat artbestimmenden Führergedanken gehört als natürliche Ergänzung die Einrichtung eines *Führerrats*. Dieser steht dem Führer mit Rat, Anregung und Gutachten zur Seite; er unterstützt und fördert ihn, hält ihn mit der Gefolgschaft und dem Volk in lebendiger Verbindung, aber er kann dem Führer keine Verantwortung abnehmen. Er ist weder eine Organisation des Mißtrauens, der Kontrolle und der Verantwortungsverschiebung, noch soll er einen innerlichen Dualismus (Volksvertretung gegen Regierung, Gemeindevertretung gegen Gemeindevorstand) oder gar Pluralismus darstellen und zum Ausdruck bringen. Daher darf der Führerrat nicht von außen oder unten her *gewählt*, sondern er muß vom Führer *ausgewählt* werden, und zwar nach bestimmten Auswahlgrundsätzen, die vor allem den Zusammenhang mit der Staat- und Volktragenden Parteiorganisation im Auge behalten. Dadurch wird auch eine weitgehende Berücksichtigung der besonderen lokalen und regionalen, wie auch der fachlichen und ständischen Verhältnisse und Notwendigkeiten möglich. Führer und Führerrat sind ebenso einfache, wie in ihrer konkreten Anwendung auf die verschiedensten Lebensgebiete elastische Organisationsformen. Sie haben in dem Preußischen Staatsrat, dem großen konstruktiven Werk des preußischen Ministerpräsidenten Göring, die erste anschauliche und vorbildliche Gestalt gefunden. In dem preußischen Gesetz über den Provinzialrat vom 17. Juni 1933 (GS. S. 254) ist der Gedanke bereits von dem Gebiet der *Regierung* auf das der *Verwaltung* übertragen. Heute dürfte er als Grundsatz allgemein durchgedrungen und anerkannt sein.

9. Frieden oder Pazifismus?

Deutsche Allgemeine Zeitung v. 10. November 1933

Der Genfer „Völkerbund“ ist nicht nur als politische Einrichtung, sondern auch in ganz bestimmten Methoden das typische Werkzeug einer besonderen Art von Imperialismus. Heute weiß jeder, daß dieses Genfer Gebilde kein Bund und erst recht kein Völkerbund ist, sondern eine Veranstaltung, die den ungerechten Friedensdiktaten von Versailles, Saint-Germain, Trianon und Neuilly juristische Sicherungen und einen Schein von „Recht“ verleihen soll.

Aber der außenpolitische Zustand Europas, der die Grundlage einer solchen juristischen Legalität und Legitimität bildet, ist innerlich unmöglich und im tiefsten unbefriedet. So muß sich der Genfer Völkerbund fortwährend in auffällige und handgreifliche Widersprüche verwickeln. Bald ist er gegenüber unbedeutenden und kleinen Vorgängen prompt und autoritär, bald gegenüber ungeheuerlichen Rechtsverletzungen, Invasionen und offenen Kriegen blind, regungslos und unauffindbar. Alle nichteuropäischen Großmächte sind der Genfer Einrichtung ferngeblieben oder haben sich von ihr zurückgezogen: *die Vereinigten Staaten von Nordamerika und die Sowjet-Union sind nicht beigetreten; der größte Staat Südamerikas, Brasilien, und die Großmacht Ostasiens, Japan, sind wieder ausgetreten. Deutschland, das Herz Europas, fehlt jetzt auch.*

Daß die Vereinigten Staaten und Japan fehlen, gibt der Völkerbundssatzung auch juristisch einen schweren Stoß, denn nach dem klaren Wortlaut der Satzung sind diese beiden Großmächte als ständige Mitglieder des Völkerbundsrates vorausgesetzt. Das wichtigste Organ des Völkerbundes, der Völkerbundsrat, ist infolgedessen wesentlich verändert und mit dem im Vertrag vorausgesetzten Organ nicht mehr identisch.

Diese widerspruchsvolle Entwicklung war unvermeidlich, denn der Völkerbund hat seine Aufgabe, den Frieden Europas und sogar der ganzen Erde zu sichern, nicht erfüllt. Statt dessen hat er ein juristisches System unwirklicher Begriffe und eine ganze Welt künstlicher Fiktionen geschaffen, die der Wahrheit des politischen Lebens fortwährend ins Gesicht schlagen. Die spezifische Methode des Genfer Pazifismus besteht eben darin, statt des sachlichen und inhaltlichen guten Rechts der Völker juristische Formulierungen und Begriffsbestimmungen aufzustellen. Was das bedeutet, kommt jetzt allmählich zum allgemeinen Bewußtsein der Völker. Die ewigen Ausschußberatungen über die „Definition“ der Rüstung, der Abrüstung, des Angriffs, der

Verteidigung usw. sind ja oft genug zum Gegenstand des Spottes geworden. Aber diese Methode der „Juridifizierungen" hat noch einen tiefern Sinn und ist kennzeichnend für eine bestimmte Epoche reaktionärer Politik.

Auch die Heilige Allianz von 1815 versuchte ihren Sieg über Napoleon zu verewigen und den damaligen *Status quo* Europas mit juristischen Mitteln zu sichern. Sie erfand das Prinzip der dynastischen „Legitimität", um diesem Zustand die Weihe des Rechts und dadurch eine bessere politische Sicherung zu geben.

Freilich war der als „Heilige Allianz" bezeichnete Fürstenbund von 1815 im Vergleich zum Genfer Völkerbund der Friedensverträge von 1919 eine ritterliche und zugleich verständige europäische Angelegenheit.

Frankreich, der Besiegte des damaligen europäischen Friedens, wurde bereits im Jahre 1818, also drei Jahre nach der Gründung des Bundes, mit voller Gleichberechtigung aufgenommen und erhielt bereits 1823 ein Mandat, um in Spanien die Ordnung wiederherzustellen, Auch war das monarchisch-dynastische Legitimitätsprinzip immerhin noch etwas solider als die pazifistischen Kunstgriffe der Genfer Legitimitätsmethoden. Trotzdem ist die Hl. Allianz an dieser Legitimität wie an einem Leichengift zugrunde gegangen. *Die vom Genfer Völkerbund entwickelten Methoden der Legitimierung des status quo enthalten eine andere Art von Gift, dessen schädliche und tödliche Wirkung nicht geringer ist.*

Ein Beispiel: Seit langem bemüht man sich um eine Begriffsbestimmung des Angriffs. Es ist sicher oft sehr schwierig, mit Sicherheit zu sagen, wer der Angreifer ist, oder wer als Angreifer vermutet werden soll. Aber man sollte glauben, daß eine Vermutung nicht schwer ist, wenn auf der einen Seite eine in Waffen starrende, mit allen Mitteln der modernen Kriegstechnik ausgestattete Macht, auf der andern Seite ein völlig entwaffnetes Volk steht, und wenn außerdem noch auf der Seite des Entwaffneten große entmilitarisierte Zonen jede Verteidigung unmöglich machen. Die Genfer Methoden führen aber zu einem andern Ergebnis. Nach dem Versailler Vertrag gilt jede Vorkehrung zu einer Mobilmachung, die in der entmilitarisierten Zone vorgenommen wird, als Gefährdung des Friedens und nach dem Vertrag von Locarno wird Deutschland in einem solchen Fall als Angreifer fingiert. Die juristischen Fiktionen des „Angreifers" verkehren also den klaren Sachverhalt und stellen ihn einfach auf den Kopf. Nicht gegen den Bewaffneten, sondern gegen den Wehrlosen richtet sich diese Art Pazifismus.

Der Wehrlose wird, wie zum Hohn, auch noch als der Angreifer behandelt!

Ein zweites, nicht weniger erstaunliches Beispiel ist die pazifistische Definition des Krieges. Man sollte glauben, daß es Krieg und kriegerischer Überfall ist, wenn eine mit allen modernen Kampfmitteln ausgerüstete Armee

in ein benachbartes Land einmarschiert. Der Pazifismus bezeichnet das keineswegs als Krieg. Er legt ein ganzes Netz konstruierter Begriffe über den wirklichen Sachverhalt. In der bekannten pazifistischen Zeitschrift „Die Friedenswarte“ (Januar 1932) ist anläßlich der Aktion Japans gegen Schanghai juristisch bewiesen, der friedliche Charakter sei *nicht* dadurch aufgehoben, daß die Aktion (wörtlich): „von Bombardements, ja sogar von Schlachten größeren und kleineren Umfangs“ begleitet war. Es handelt sich hier nicht darum, zu dem Vorgehen Japans gegen China politisch Stellung zu nehmen, sondern nur um die Methode pazifistischer Umdeutungen eines einfachen Sachverhalts. In jenem Satz enthüllt sich eine geradezu unmenschliche Frivolität.

Dieser Pazifismus bringt es fertig, menschenmörderische Beschießungen und furchtbare Schlachten kaltblütig als „friedliche“ Maßnahmen hinzustellen!

Den Frieden, nach dem wir uns sehnen, hat er in eine juristische Etikette verfälscht.

Die Sieger von Versailles haben der gequälten Menschheit statt des Friedens diese Art von Pazifismus gegeben. Jahrelang hat sich das getäuschte deutsche Volk irreführen lassen, und das bekannte deutsche „Legalitätsbedürfnis“ kam dieser Täuschung noch entgegen. Aber die wachsende Not hat uns sehend gemacht, und die Verhandlungen der Abrüstungskonferenz mit ihrem Streit um die juristischen Definitionen von Rüstung und Abrüstung, haben schließlich allen Völkern die Augen geöffnet. Jetzt gibt es niemand mehr, der sich täuschen läßt. Die Welt will den Frieden und nicht das giftige Surrogat des Friedens, das ein im Dienst imperialistischer Machtpolitik stehender Pazifismus *ihr* anbietet.

Das Ja, das wir am 12. November der Regierung Adolf Hitler geben, wird auch die künstlichen Begriffsbestimmungen durchdringen und den falschen Begriffsnebel zerreißen. Es wird ein Ja des Friedens sein.

10. Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis

Deutsches Recht, 3. Jg., Nr. 7 (1933), S. 201–202

1. Die Unabhängigkeit der Richter beruht auf ihrer Bindung an das Recht und das Gesetz des Staates, dessen Recht der Richter zu sprechen hat. Ohne diese Bindung ist die richterliche Unabhängigkeit Willkür, und zwar politische Willkür.

Die Unabhängigkeit der Richter kann nicht grenzen- und bedingungslos sein. Sie kann nicht bedeuten, daß der Richter *über* dem Staat oder *außerhalb* des Staates steht. Die Bindung an Recht und Gesetz ist Bindung an das Recht und das Gesetz eines bestimmten Staatswesens. Wäre sie Bindung an ein überstaatliches Gesetz, so stände der Richter *über* dem Staat. Er wäre nicht Richter des Staates, dessen Recht er sprechen soll, sondern Richter *über* den Staat. Das wäre der äußerste und unerträglichste Grad einer Politisierung der Justiz; denn sobald der Richter sich von seinen Bindungen befreit, kommt er in die Lage, *gegen* die in jedem Recht und Gesetz enthaltenden politischen Entscheidungen des Staates *andere* politische Auffassungen zur Geltung zu bringen. Wer sich *über*, d. h. nach Lage des Falles *gegen* das staatliche Gesetz stellt, begibt sich auf das Gebiet der Politik. Dadurch, daß der Richter sich von der Bindung an das staatliche Gesetz freimacht, gelangt er also nicht etwa in eine Sphäre reinen Rechts, sondern nur in eine Zone politischer Kämpfe, deren Heftigkeit durch die Berufung auf das Recht nur gesteigert wird.

2. Die Entscheidung darüber, ob eine Angelegenheit unpolitisch ist, enthält immer eine politische Entscheidung.

Was politisch oder unpolitisch ist, kann nur vom Politischen her bestimmt werden. Hierbei ist es gleichgültig, welche Stelle (der Justiz, Verwaltung, Selbstverwaltung, Kirche, Wissenschaft, Wirtschaft) beansprucht, von sich aus den unpolitischen Charakter einer Entscheidung gegen den Staat geltend zu machen. Ebenso ist es gleichgültig, mit welchen Beweisgründen (ob mit juristischen, administrativen, theologischen, wissenschaftstheoretischen oder ökonomischen Argumenten) der Nachweis des unpolitischen Charakters geführt werden soll.

Wenn heute eine Stadtverwaltung ein Bild von Karl Liebknecht im Rathaus aufhängen und dabei behaupten wollte, es handele sich um eine reine Selbstverwaltungsangelegenheit, um städtisches Privateigentum, und außer-

dem um einen unpolitischen Akt „reiner Pietät“, so würde wohl jeder Deutsche den politischen Sinn dieser Art von Beweisführung aus dem Unpolitischen sofort erkennen. Dieser politische Sinn der Berufung auf das Unpolitische entfällt auch keineswegs dadurch, daß etwa ein Gericht zuständig wird, um den Fall zu entscheiden. Im Prozeß vor einem Verwaltungsgericht oder einem bürgerlichen Gericht könnte sich die Stadtverwaltung nicht darauf berufen, daß die Frage eine reine Rechtsfrage und daher unpolitisch sei; und das Gericht dürfte nicht mit der Begründung, daß es nur über eine Rechtsfrage und nicht über die politische Seite der Sache zu urteilen habe, den wirklichen Sinn des Vorganges fälschen und einer solchen Stadtverwaltung das staats- und gesetzwidrige Recht auf einen solchen politischen Mißbrauch des Unpolitischen zusprechen.

3. *Durch die sog. Generalklauseln, die sich heute auf allen Gebieten des Rechtslebens durchsetzen, wird die Gebundenheit des Richters nicht berührt.*

Bekannte und alltägliche Beispiele dieser auf allen Gebieten des Rechtslebens (im bürgerlichen Recht, Strafrecht, Verwaltungsrecht, Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht usw.) vordringenden, sog. Generalklauseln sind: Treu und Glauben, gute Sitten, wichtiger Grund, Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit der Leistung, überwiegende Interessen, Wohl der Allgemeinheit, unbillige Härte, öffentliche Sicherheit und Ordnung (vgl. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Jena 1933). Niemand wird behaupten, der Richter habe in solchen Fällen kein subjektives Ermessen als die maßgebende Norm für die Anwendung dieser scheinbar allgemeinen und unbestimmten Begriffe hinzustellen. Es bedarf vielmehr eines objektiven Maßstabes, und es handelt sich darum, wie dieser Maßstab angesichts der zahlreichen widersprechenden Auffassungen und Anschauungen festzustellen ist.

4. *Für die Anwendung und Handhabung der Generalklauseln durch den Richter, Anwalt, Rechtspfleger oder Rechtslehrer sind die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließlich maßgebend.*

In allen Kommentaren, Lehrbüchern und Entscheidungsgründen (z. B. Staudinger zu § 138 BGB., Planck zu § 138 BGB., RGZ. 48, 121; 80, 221; 120, 148 usw.) wird bei diesen Generalklauseln schließlich immer auf die „*herrschenden* Wertanschauungen und -auffassungen“ verwiesen. Die herrschenden Wertanschauungen und -auffassungen eines Volkes prägen sich stets in den Anschauungen und Auffassungen einer bestimmten führenden und maßgebenden Gruppe oder Bewegung aus. Herrschend, führend und maßgebend sind nicht Auffassungen und Anschauungen im allgemeinen, sondern die Anschauungen bestimmtgearteter Menschen. Im deutschen Staat der Gegenwart ist die nationalsozialistische Bewegung führend. Von ihren

Grundsätzen aus muß daher bestimmt werden, was gute Sitten, Treu und Glauben, zumutbare Anforderungen, öffentliche Sicherheit und Ordnung usw. sind. Jeder einzelne Anwendungsfall dieser Begriffe hat sich daher an der Hand nationalsozialistischer Grundsätze auszuweisen und ist unter nationalsozialistischen Gesichtspunkten zu prüfen. Gegenüber den herrschenden nationalsozialistischen Anschauungen des deutschen Volkes andere, ihnen fremde oder gar feindliche Anschauungen geltend zu machen, wäre subjektive Willkür und ein gegen den nationalsozialistischen Staat gerichtetes politisches Unternehmen. Es würde die Voraussetzung und Grundlage der richterlichen Unabhängigkeit, die Rechts- und Gesetzesgebundenheit des Richters, gefährden und zerstören.

5. Der nationalsozialistische Staat ist ein gerechter Staat.

Ob er ein „Rechtsstaat" ist, hängt davon ab, welchen besonderen Inhalt man diesem vieldeutigen Wort gibt und wieweit man den Rechtsstaat zu einem gerechten Staat in Gegensatz bringen will. Der Liberalismus des 19. Jahrhunderts hat dem Begriff eine bestimmte Bedeutung gegeben und dadurch den Rechtsstaat zu seiner politischen Waffe im Kampf gegen den Staat gemacht. Wer heute das Wort Rechtsstaat gebraucht, wird also genau sagen müssen, was er darunter versteht, worin sich sein Rechtsstaat von dem liberalen Rechtsstaat unterscheidet und wieweit sein Rechtsstaat ein *nationalsozialistischer* oder eine andere der vielen Arten von Rechtsstaat sein soll. Sonst besteht die Gefahr eines politischen Mißbrauchs, die es den Feinden des nationalsozialistischen Staates ermöglicht, gegen das Recht und die Gerechtigkeit des nationalsozialistischen Staates andere Auffassungen von Recht und Gerechtigkeit ins Feld zu führen und den deutschen Richter, Anwalt, Rechtspfleger oder Rechtslehrer zum Werkzeug ihrer politischen Bestrebungen zu machen.

11. Der Neubau des Staats- und Verwaltungsrechts

Deutscher Juristentag 1933, 4. Reichstagung des Bundes
Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e.V. Ansprachen und Fachvorträge.
Zusammengestellt u. bearbeitet von *Rudolf Schraut*.
Deutsche Rechts- und Wirtschafts-Wissenschaft Verlagsgesellschaft, Berlin 1933,
S. 242–252

Liebe Volksgenossen! Ich beginne mit einem Blick auf die gegenwärtige Verfassungslage. Es liegt für uns Juristen nahe, das an den Anfang eines Vortrags über das heutige deutsche Staatsrecht und das öffentliche Recht zu stellen. Das gesamte öffentliche Recht des heutigen Staates steht auf *eigenem* Boden. Die Weimarer Verfassung gilt nicht mehr. Sie gilt nicht nur *de facto* nicht mehr, sie gilt auch *de iure* nicht mehr. Wenn einzelne Bestimmungen dieser Verfassung heute noch angewandt werden können, so verhält es sich damit ebenso wie mit zahllosen anderen, vorrevolutionären Regelungen, die auf dem neuen Boden, soweit sie der neuen Rechtslage, ihrem Geist und ihrem Sinn nicht widersprechen, weitergelten können. Das ist nichts Außergewöhnliches; es ist sogar das Normale bei jeder Umwälzung gewesen. Aber es ist nötig, sich von Anfang an darüber klar zu werden, daß wir auf dem neuen Boden stehen und daß die frühere Rechtslage weder inhaltlich-materiell, noch in ihrer formellen Verfassungsgesetzeskraft in irgendeinem Sinn die Grundlage, die rechtliche Verfassungsgrundlage, des heutigen nationalsozialistischen Staates sein kann.

Sie wissen, daß alle wesentlichen Bestimmungen der Weimarer Verfassung entfallen sind. Alles, was für diese Verfassung weltanschaulich, aber auch alles, was für sie staatskonstruktiv-organisatorisch charakteristisch und wesentlich war, ist beseitigt. Es ist von Bedeutung, daß noch *vor* dem sogenannten Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, auf das ich gleich zu sprechen kommen werde, ein entscheidender, auch verfassungsrechtlich entscheidender Vorgang zu verzeichnen ist: der Flaggenerlaß des Reichspräsidenten vom 12. März 1933. Er hat nicht nur in einer feierlichen Weise die Fahne des Weimarer Systems verneint und öffentlich abgelehnt, sondern damit auch dessen Geist und gesamte weltanschauliche wie organisatorische Grundlage bereits vor dem Ermächtigungsgesetz vom 24. März erledigt. Ebenso brauchte für den zweiten entscheidenden Vorgang, die Beseitigung und Vernichtung des Staatsfeindes, der kommunistischen Partei, nicht eine Ermächtigung des alten Systems abgewartet zu werden, das aus seiner inneren Neutralität heraus überhaupt nicht imstande war, einen Staats- und Volksfeind von einem

Volksgenossen zu unterscheiden. Auch dieser verfassungsrechtlich entscheidende Vorgang liegt noch vor dem sogenannten Ermächtigungsgesetz. Es ist also notwendig, sich gegen den Versuch zu wenden, die heutige Verfassungslage mit den Normen, Begriffen oder Kategorien des früheren Weimarer Systems oder seiner Verfassung irgendwie auch nur zu begreifen. Es ist nicht möglich, die heutige Verfassungsrechtslage von der überwundenen Verfassung aus zu verstehen, viel weniger sie zu rechtfertigen. Diese beiden Verfassungen – wenn wir sie beide mit dem gleichen abstrakten Namen bezeichnen dürfen – sind untereinander so verschieden, daß es gar nicht möglich ist, die eine aus der anderen abzuleiten, zu erklären oder gar zu legitimieren. Von Anfang an müssen wir uns darüber klar sein, daß jeder Versuch, den heutigen Staat von dorther, wenn auch nur „formal" oder „juristisch" zu rechtfertigen, entweder juristisch sinnlos oder aber politisch ein Ausdruck des Bestrebens ist, das heute geltende öffentliche Recht in die Gedankengänge des früheren Rechts zurückzuführen und dadurch entweder zu paralysieren oder doch wenigstens zu relativieren.

Wie ist es aber nun mit jenem eben erwähnten sogenannten „Ermächtigungsgesetz" bestellt? Sie werden, soweit Sie das, was man die „Literatur" nennt, in dieser Angelegenheit zu verfolgen die Zeit, Muße und andere glückliche Geschenke der Vorsehung zur Verfügung haben, feststellen können, daß bereits ein Dutzend Aufsätze in Fachzeitschriften oder in Tageszeitungen mit großer Beruhigung und Anerkennung hervorhebt, daß die nationalsozialistische Revolution dank dem Ermächtigungsgesetz vom 24. März legal war, und daß infolgedessen, auch von der Weimarer Verfassung her gesehen, alles in bester Ordnung sei. Selbstverständlich ist alles in bester Ordnung. Aber wir wollen uns als Nationalsozialisten doch einmal über das juristisch Wesentliche dieser Entwicklung klar werden. Das sogenannte Ermächtigungsgesetz ist vom damaligen Reichstag im Vollzug des durch die Reichstagswahl vom 5. März 1933 erkennbar gewordenen Volkswillens beschlossen worden. Diese Wahl vom 5. März war weniger eine Wahl als eine Volksabstimmung, ein Plebiszit, durch welches das deutsche Volk Adolf Hitler, den Führer der nationalsozialistischen Bewegung, als den politischen Führer des deutschen Volkes anerkannt hat. Die Gemeindeabstimmung vom 12. März hat denselben Volkswillen noch einmal bekräftigt. Reichsrat und Reichstag handelten beim sogenannten Ermächtigungsgesetz nur als Vollzugsorgane dieses Volkswillens. Es ist schon deshalb unrichtig, hier von einem Ermächtigungsgesetz im alten Stil zu sprechen. Inzwischen ist allmählich anerkannt worden und hat sich die Einsicht durchgesetzt, daß es juristisch falsch ist, hier von einem „Ermächtigungsgesetz" zu sprechen. Richtig ist es, diese Regelung vom 24. März als eine vorläufige Verfassung, ein vorläufiges Verfassungsgesetz des neuen Deutschland zu bezeichnen.

Um nun noch einmal auf den Ausgangspunkt zurückzukommen: Wenn wir erkannt haben, daß es sich bei diesem sogenannten Ermächtigungsgesetz um eine vorläufige Verfassung handelt, so müssen wir auch weiter erkennen, daß diese vorläufige Verfassung eine *Übergangsregelung* ist, und zwar derart, daß in den Formen eines eben durch diesen Vorgang erledigten Verfassungsrechts der Übergang zu einem neuen Verfassungsrecht vorgenommen wurde. Also bedeutet diese vorläufige Verfassung weiter nichts als eine *Brücke* von dem alten auf den neuen Rechtsboden, und es wäre juristisch falsch gesehen und konstruiert, wollte man diese Brücke als den immer noch vorhandenen alten Rechtsboden behandeln und nun die ganze heutige Verfassungslage so darstellen, als sei das, was sich heute in den neuen Verfassungsgesetzen noch so tief gehender Art entwickelt, sozusagen nur der Vordergrund, während im Hintergrund, wenn auch nur „formal", die Weimarer Verfassung weiterbestehe. Nichts davon ist richtig. In aller Form ist das alte System gestorben. Es ist praktisch von großer Bedeutung, daß ein System sich legal selber für tot erklärt. Die Legalität ist nicht das Recht – das wissen wir längst –, aber die Legalität ist eine praktisch bedeutungsvolle Sache. Sie ist vor allem in einer großen Staatsmaschinerie, in einem komplizierten Behördenapparat, etwas Unentbehrliches und Nötiges. Die Legalität ist ein Funktionsmodus der Bürokratie und die Bürokratie ist, wie Sie wissen, eine Realität. Insofern ist es keineswegs ohne Wert, daß ein System sich in aller Form gemäß seiner eigenen Legalität selber aufgibt und sein Siegel unter sein eigenes Ende und seine eigene Todeserklärung setzt. Aber das ist doch nur die Abdankung und die Todeserklärung des alten, nicht aber eine Wesensbestimmung und Grundlage des neuen Rechts. Weder eine Grundlage noch auch nur ein wesentlicher Auslegungsgesichtspunkt, der den heutligen Staat binden könnte, läßt sich aus dem alten abgedankten Recht ableiten. Für das heute geltende Recht bedeutet das Ermächtigungsgesetz nicht mehr als, in analoger Weise, die Entbindung vom Treueid, die ein abgedankter, auf seinen Thron verzichtender Monarch gegenüber seinen Beamten ausspricht.

Die deutsche nationalsozialistische Revolution war legal, d.h. sie war gemäß der *früheren* Verfassung formell korrekt. Das ist eine Angelegenheit, die rückwärtsschauend betrachtet, interessant ist. Die deutsche Revolution war legal aus deutscher Disziplin und deutschem Sinn für Ordnung. Wer aber daraus eine Unterwerfung unter den alten Zustand oder irgendeinen Gesichtspunkt des alten Systems ableiten will, begeht etwas, was juristisch falsch und politisch ein Sabotageakt ist. Denn er will einer machtlosen Verfassung und einem machtlosen System auf dem Weg über solche Konstruktionen doch noch eine gewisse Macht erschleichen. Es ist juristisch falsch, das Lebendige vom Toten, und die Kraft von der Kraftlosigkeit her zu legitimieren. Wer machtlos ist, kann keine Ermächtigungen erteilen, und so wollen wir es uns endgültig abgewöhnen, jenes Gesetz vom 24. März als ein „Ermächtigungs-

gesetz“ zu bezeichnen. Es ist eine vorläufige Verfassung, ein vorläufiges Verfassungsgesetz des neuen Staates. Wir stehen also in einer völlig neuen Rechtslage und müssen uns von Anfang an auf dem neuen Boden auch juristisch zurechtfinden.

Die Weimarer Verfassung gilt nicht mehr. Ausdrückliche neue verfassungsrechtliche Regelungen haben wir nur in geringer Zahl. Es gibt bisher dieses vorläufige Verfassungsgesetz vom 24. März, die Gesetze vom 14. Juli 1933 gegen die Neubildung von Parteien und über die Volksabstimmung und Volksbefragung. Aber das alles betrifft nur einzelne besondere Punkte, während die gesamte übrige Rechtslage sich nur aus der Gesamtstruktur des heutigen Staatsrechts erkennen läßt. Es ist unvermeidlich, diese neue Gesamtstruktur ins Auge zu fassen; sonst erliegen wir der Gefahr, daß die Begriffe, Denkgewohnheiten und Denkweisen eines liberalen Jahrhunderts, das wir eben knapp überwunden haben, sich unserer neuen Begriffe bemächtigen und sie sich assimilieren. Es ist im heutigen Zustand des deutschen Verfassungsrechts von Anfang an nötig, die Verschiedenheit der heutigen Staatsstruktur gegenüber einer liberal-demokratischen Verfassungsstruktur, wie wir sie gerade überwunden haben, fortwährend im Auge zu behalten. Ohne das wäre ein nationalsozialistisches Staatsrecht und damit überhaupt ein juristisch interessantes Staatsrecht gar nicht denkbar.

Wodurch ist die neue Gesamtstruktur der politischen Einheit „Deutsches Reich“ gekennzeichnet? Sie wird durch ihre *Dreigliedrigkeit* gekennzeichnet. Der heutige deutsche Staat und sein Verfassungsrecht besteht in drei Elementen: Staat, Bewegung, Volk. Diese drei Begriffe im richtigen Verhältnis zu sehen, ist die Voraussetzung jedes nationalsozialistischen Staats- und Verwaltungsrechts. Staat, Bewegung und Volk machen als drei Größen zusammen die politische Einheit Deutschlands aus. Jedes dieser Worte, sowohl Staat, wie Bewegung und Volk, kann für das *Ganze* der politischen Einheit benutzt werden, und es ist leicht, hier Verwirrung zu stiften. Aber ich glaube nicht, daß diese Verwirrung unentwirrbar ist. Denn außer der Bedeutung jedes dieser drei Worte als einer Bezeichnung für das Ganze der politischen Einheit bedeutet jedes dieser Worte gleichzeitig etwas Spezifisches an dieser Einheit. Der Staat, das staatliche Ämter- und Behördensystem, der „Staatsapparat“ bildet den statischen Teil des Staates, die Bewegung den *dynamisch-politischen* Teil, und „Volk“ bedeutet hier eine Sphäre der Selbstverwaltung, und zwar der berufsständischen Selbstverwaltung oder der kommunalen Selbstverwaltung. Zum großen Unterschied vom Faschismus erkennt ja der Nationalsozialismus die kommunale Selbstverwaltung an. Er hält eine territoriale Selbstverwaltung für etwas Mögliches, und sie scheint mit seinem Staatsbegriff, der keineswegs in einem bürokratisch-mechanischen Sinne zentralistisch ist, durchaus vereinbar.

Wir sehen also Staat, Bewegung und Volk fortwährend in dieser dreifachen Einheit und in einem Dreiklang. Die Gruppierung, die zwischen den drei Elementen notwendig ist, wird dadurch hergestellt, daß die nationalsozialistische Bewegung nicht nur die *staattragende* – als solche ist sie längst erkannt –, sondern auch die *volktragende* Größe ist. Die Dreiheit – Staat, Bewegung, Volk – wird demnach von der Bewegung getragen. Die Bewegung ist der führende Teil. So erkennen wir das erste große Grundgesetz des heutigen nationalsozialistischen Staates, das *Gesetz des unbedingten Vorranges der politischen Führung*, wie sie sich in der nationalsozialistischen Bewegung unter ihrem Führer Adolf Hitler darstellt. Das ist nicht nur *de facto* so, sondern ist im vollsten Sinne *Recht* und niemand darf mit Hilfe von alten liberalen Unterscheidungen und Antithesen in dieses Grundgesetz des heutigen Staates irgendeinen Zwiespalt hineinbringen.Wir sehen unseren heutigen Staat als die dreigliedrige Einheit aus Staat, Bewegung und Volk und müssen uns vor allen Dingen von Anfang an dessen bewußt bleiben, daß das etwas gänzlich Neues ist gegenüber den überlieferten Verfassungsbegriffen, die wir hundert Jahre lang von einem liberalen System an den Universitäten gelehrt bekommen und in Millionen Büchern und Aufsätzen studiert haben und die unseren liberalen Vätern und Großvätern so selbstverständlich erschienen. Aber die liberalen Kategorien sind auf einem anderen Boden gewachsen, und es müßte zu unabsehbaren Irrtümern führen, wollte man mit den auf dem früheren Boden gewachsenen staats- und verwaltungsrechtlichen Begriffen an unseren heutigen Staat herangehen. Denn das frühere System war zum Unterschied vom jetzigen dreigliedrigen System zweigliedrig. Die normale, typisch liberal-demokratische Verfassung besteht aus *zwei* Teilen: einem sogenannten organisatorischen Teil – in dem der Staatswille geregelt, normiert und gebunden wird – und einem sogenannten Grund- und Freiheitsrechtsteil. In diesem wird eine „staatsfreie“ Sphäre festgestellt. Der Staat hat eine Verfassung im liberalen Sinne, wenn er an Händen und Füßen gebunden ist. Das ganze System beruht auf der zweigliedrigen Antithese von Staat und Nichtstaat, öffentlich und nichtöffentlich. Was nicht staatlich ist, ist *eo ipso* unpolitisch, und umgekehrt, was politisch ist, ist *eo ipso* staatlich. Durch das ganze System, bis in die letzten Verästelungen hinein, geht dieser zweigliedrige Gegensatz von Staat und Nichtstaat, von politisch und privat. Mit diesen Begriffen wird – ich will niemandem zu nahe treten – der normale Amtsrichter an irgendeine schwierige Frage des Staats- und Verwaltungsrechts herangehen. Aber es würde mir leid tun, wenn er sich so verhalten würde, wie er sich im November 1918 und in den folgenden Monaten verhalten hat, indem er sagte: Wir haben jetzt etwas Neues; damals waren es die Soldaten- und Arbeiterräte; ist das Staat oder Nicht-Staat? Antwort: Es ist Staat, *ergo* tritt die Haftung aus § 839 BGB., und die Körperschaftshaftung wegen Amtsmißbrauch ein. Wenn Sie mit solchen Begriffen an unsere SA und SS oder an die Nationalsozialistische Partei her-

angehen wollten, würden Sie etwas staatsrechtlich ganz Phantastisches tun. Ich fürchte es nicht, – unser Staat ist stark und braucht sich davor nicht zu fürchten – aber ich möchte nicht, daß sich auf diesem Weg eine Justiz irgendwelcher Art zum Richter über die nationalsozialistische Bewegung erhebt. Interne Angelegenheiten der staat- und volktragenden Bewegung sind nicht mit den kümmerlichen Kategorien des alten Systems zu erfassen. Es wäre sinnlos, mit solchen Begriffen an ein neues Staatswesen heranzutreten. Viele leben freilich noch in der Denkweise des 19. Jahrhunderts, in der Denkweise des zweigliedrigen Systems, aber wir stehen schon im deutschen nationalsozialistischen Staat des 20. Jahrhunderts, und dieser Staat des 20. Jahrhunderts hat seine eigenen Maße. Die erste Aufgabe jedes Juristen ist es, zu erkennen und der erste Satz dieser Erkenntnis ist jenes Grundgesetz vom politischen Vorrang der politischen Führung des heute dreigliedrigen, aus Staat, Bewegung und Volk zusammengesetzten, deutschen Staates.

So sind alle Begriffe völlig gewandelt. Was man früher Staat nannte, war nichts anderes als der eine Teil einer zweigliedrigen Antithese von Politisch und Privat. Es ist aber nicht möglich, die Frage mit den alten Begriffen in der Weise zu stellen, daß man fragt: Ist die Nationalsozialistische Partei als Trägerin von Staat und Volk öffentlich oder privat, ist sie staatlich oder nicht staatlich? Dieser Gegensatz besteht überhaupt nicht. Wir haben nicht mehr die alte liberale Antithese von Staatlich und Privat, sondern die drei Sphären Staat, Bewegung und Volk und von dort aus müssen wir an unser neues öffentliches Recht herantreten. Ich sagte, der dreigliedrige Staat sei der Staat des 20. Jahrhunderts. Wo sich ein Volk bemüht, aus den Sackgassen des Parlamentarismus und des liberal-demokratischen Systems herauszukommen, entsteht sofort dieser dreigliedrige Staat. Auch der Staat des Fascismus zeigt eine dreigliedrige Struktur von staatlichem Befehlsapparat, staattragender Partei und *stato corporativo*. Aber der Unterschied zwischen nationalsozialistischem und fascistischem Staat bleibt groß und es wäre ein falscher Einwand gegenüber dem dreigliedrigen Staatsgedanken, zu sagen, es handle sich hier um eine Nachahmung oder eine Idealisierung des fascistischen Systems. Gerade unser deutsches Staatsdenken war, solange es noch deutsch war, bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts hinein, bis die liberal-demokratische Flut uns überschüttete und die Juristengehirne vergiftete, dreigliedrig, bis dahin war die dreigliedrige Staatsvorstellung selbstverständlich. Die Vorstellung, die der größte deutsche Staatsphilosoph, Hegel, vom Staat gehabt hat, ist mit der dreigliedrigen Vorstellung verwandt. Er sieht deutlich diese drei verschiedenen Sphären. Die Vorstellung, die ein großer Gelehrter, einer der größten deutschen Gelehrten und eine weit über die Grenzen Europas berühmte Zierde der deutschen Staatswisenschaft vom Saat gehabt hat, Lorenz von Stein, kommt ebenfalls dem dreigliedrigen System nahe, in welchem die Selbstverwaltung ihre eigene Sphäre hat. So wäre es sehr oberflächlich, zu

glauben, bei dieser Art von Dreigliedrigkeit handle es sich um irgendeine Nachahmung des Fascismus. Die Leistung des Fascismus bleibt; aber wir können als deutsche Nationalsozialisten sagen, daß wir mit unserem aus Staat, Bewegung und Volk zusammengesetzten neuen deutschen Staat zu unserer eigenen Art und unserem eigenen Wesen zurückgekehrt sind. Es gibt noch keine neue große Staatsphilosophie seit jener großen deutschen Staatsphilosophie, die bis zur Mitte des liberalen Jahrhunderts in Deutschland geherrscht hat.

Das sind die Grundlinien der Struktur des neuen Staates. Wer sie nicht fortwährend vor Augen hat, wird selbstverständlich Gefahr laufen, daß er mit Maßen und Maßstäben, die für einen anderen Staat und für eine ganz andere Gesellschaftsordnung gedacht und berechnet sind, an unseren neuen Staat herantritt. Er wird dann auch etwas juristisch Sinnloses tun. Freilich, da wir seit Jahrzehnten daran gewöhnt sind, das juristische Denken als etwas Unsachliches anzusehen, da wir schon so weit gekommen sind, daß einige Menschen in der Unvernünftigkeit eines Ergebnisses ein Kriterium des juristischen Scharfsinnes sehen, möchte ich noch Folgendes besonders betonen: Wir lebten bisher in einer Welt von Begriffen, die politisch zielbewußt auf dem Boden und im Geist des liberal-demokratischen Systems geformt sind. Ich sagte schon, daß bis in die Einzelheiten der Institutionen hinein, bis in die Begriffe und in das Vokabularium unsere juristische Sprache des öffentlichen Rechts liberal ist. Die Lehrbücher des Verwaltungsrechts gehen davon aus, daß jeder den einzelnen berührende Staatsakt ein „Eingriff" ist. Daß ein Mensch Soldat wird und sein Vaterland verteidigt, ist ein „Eingriff" in seine persönliche Freiheit. Daß ein Mensch als Staatsbürger, als Gatte, als Vater, als Kamerad seine Pflicht erfüllt – sind ebensoviele Eingriffe, die zwar glücklicherweise durch Spezialgesetze gerechtfertigt sind, aber Eingriffe bleiben. Ich möchte das nur erwähnen, um Ihnen deutlich zum Bewußtsein zu bringen, in welchem Maße das liberale Jahrhundert es verstanden hat, unser Denken zu formen, und welch ungeheure Aufgabe vor uns steht, wenn wir dieses Gebirge von Vorurteilen und von Suggestionen, die von jedem dieser Worte ausgehen, durchbrechen müssen, um zu unserem eigenen Denken zu gelangen.

An einem Beispiel soll ausgeführt werden, worin die Aufgabe eigentlich besteht. Es ist uns als Nationalsozialisten selbstverständlich, daß der nationalsozialistische Staat vom *Führergedanken* getragen wird. Wir müssen uns aber davor hüten, den Führergedanken als eine, wie man mit einer liberalen Phrase sagt, „bloß" weltanschauliche Angelegenheit aufzufassen und zum Unterschied von diesem angeblich „bloß" weltanschaulichen Prinzip die konkrete Organisation und Gestaltung – wenn ich hier einen Ausdruck unseres Führers der Deutschen Rechtsfront, des Reichsjustizkommissars Dr. Frank übernehmen darf: unsere Sachgestaltung – den anderen zu überlassen. Mit Hilfe der gegen das Juristische gerichteten Unterscheidung von bloß weltan-

schaulich, rein politisch, nur moralisch, läßt sich jeder Staat zerstören und wir müssen besonders darauf achten, daß ein Begriff wie der Begriff der politischen Führung in seiner ganzen Reinheit und in seiner ganzen Entschiedenheit unberührt bleibt von diesen von allen Seiten herantretenden Versuchen, sich seiner im alten Stil zu bemächtigen. Ich weiß aus den Erfahrungen eines Staatsrechtslehrers heraus, daß es bereits einmal gelungen ist, den Begriff der Führung im öffentlichen Recht zu zerstören, und zwar im Bismarckschen Bundesstaatsrecht. Dieser Bundesstaat war ein sogenannter hegemonischer Bundesstaat und beruhte auch staatsrechtlich ganz auf der politischen *Führung* durch den führenden Staat Preußen. Das war echtes Führerprinzip, in einer großartigen Weise verwirklicht. Was hat aber die deutsche Staatsrechtslehre daraus gemacht? Sie hat diesen Begriff überhaupt kaum gesehen, sie hat sich um anderes gekümmert, und schließlich war nach einer Generation staatsrechtlicher Beschäftigung mit diesem bundesstaatlichen Problem das Ergebnis, daß aus dem Zentralbegriff dieses bundesstaatlichen Systems der Begriff der *Reichsaufsicht* wurde. Aus der Führung wurde Aufsicht. Diese Entwicklung galt als etwas besonders Juristisches und jeder, der der staatsrechtlichen Wirklichkeit zum Sieg verhelfen wollte, setzte sich dem echt liberalen Einwand aus: was Sie sagen, mag politisch richtig sein, juristisch ist es aber falsch. Hier hat eine ganz bestimmte politische Denkweise sich mit Erfolg das Monopol des juristischen Denkens angemaßt. Das war sogar einer ihrer großen politischen Siege. Der Mißbrauch der Unterscheidung von juristisch und politisch war ein Triumph des Liberalismus. Viele Juristengenerationen, ganze Generationen hochgebildeter deutscher Beamten sind diesem Irrtum zum Opfer gefallen, der auch politisch furchtbare Folgen gehabt hat. Aus der Hegemonie, mit der man in der liberalen Art von Staatsrecht natürlich nichts anfangen konnte, wurde Aufsicht, und aus diesem Begriff der Aufsicht – der auf verschiedensten Gebieten als Kommunalaufsicht, Schulaufsicht, als Aufsicht verschiedenster Art entwikkelt werden muß – wurde für das Staatsrecht ein typisches Mittel der Zerstörung, und zwar ein politisches Mittel der Zerstörung des echten Führergedankens.

Was war die juristische Technik dieser Entwicklung von der Führung zu dieser Art Aufsicht? Dieser Aufsichtsbegriff ist durch drei Momente gekennzeichnet: Erstens dadurch, daß er normativistisch ist. Er beginnt damit, daß es einen *Maßstab* der Aufsicht geben muß. Dieser Maßstab muß *vorher festgelegt*, die Aufsicht muß meßbar, berechenbar sein. Es wird also ohne Rücksicht auf die wechselnde Lage der Sache die Fiktion aufgestellt, daß ein meßbarer Maßstab vorhanden sei, um die Beziehungen zwischen Führer und Geführtem, zwischen Beaufsichtiger und zu Beaufsichtigtem zu messen. Es wird unter dem Vorwand, einen Begriff „rechtlich“ zu erfassen, ein Begriff zerstört, weil diese Art von liberalem Recht, die keineswegs das Recht hat,

sich ein Monopol der Rechtswissenschaft zuzuschreiben, gar nicht imstande ist, echte Führungsverhältnisse zu erfassen. Wenn sie keine „Normen“ hat, fingiert sie solche; macht aus unbestimmten Begriffen Normen, erfindet ein Willkürverbot, erfindet kostbare subjektive Rechte, wie z. B. den Interessenberücksichtigungsanspruch, kurz, sie weiß sich ihre „Normen“ schon zu beschaffen. Das zweite Kennzeichen dieses Aufsichtsbegriffes ist die *Koordinierung* von Führer und Geführten, Beaufsichtiger und Beaufsichtigtem. Denn beide sind nur jenen Normen und *nicht primär im Verhältnis zueinander unterworfen*. Der Beaufsichtigte ist keineswegs dem Aufsichtsführer unterworfen. Unterwerfung gibt es in diesem Denksystem nicht, weil eben *beide* in gleicher Weise den Aufsichtsnormen unterstellt sind. Was der Führer zu tun hat, und was der Geführte zu tun hat, ergibt sich in gleicher Weise aus der Norm. So ist der Gedanke der Disziplin und der Hierarchie auf eine ganz bestimmte Weise zerstört worden. Das dritte Kennzeichen ist die *justiz- und prozeßförmige Kontrolle* durch den objektiven Dritten, der als Organ der Norm erscheint. So können beide, Führer und Geführte, immer zum Gericht laufen und das Gericht entscheidet Führungsfragen, d. h. ein Nichtführer entscheidet spezifische Führerangelegenheiten. An dieser Entwicklung, die sich in vielen Beispielen im öffentlichen Recht der letzten Generation verfolgen läßt, haben Sie ein besonderes konkretes Beispiel der Zerstörung eines spezifischen Begriffes durch eine spezifische Art von Jurisprudenz. Wer sich auf diese Art von Staatsrechtslehre einläßt, wird immer wieder bei liberalen Resultaten enden. Dagegen gibt es kein Mittel; denn dieses System hat eine innere Logik, die man kennen muß, deren politische Zielsicherheit Bewunderung verdient, und die deshalb aber auch so außerordentliche Gefahren in sich birgt.

Ein weiteres Beispiel ist der Begriff der *Treue* und der *Treuepflicht*, ohne den der heutige Staat nicht eine Stunde bestehen könnte. Treue des Beamten, Treue des Parteigenossen, Treue des Soldaten, alles das kann mit Hilfe des alten liberalistischen Denkens entstellt werden, indem man sagt: wenn es Pflichten sind, müssen es meßbare Pflichten sein, und wenn es meßbare Pflichten sind, haben wir wieder das ganze beim Amtsrichter endende normativistische System. Diese Vorstellungsweise ist ein überaus sorgfältig durchgefeiltes Werkzeug. Vergessen Sie nicht, daß Ihre juristische Schulung darin bestanden hat, diese Art von Werkzeug handhaben zu lernen, und daß man Sie dazu erzogen hat, stolz darauf zu sein, dieses Werkzeug zu handhaben. Vergessen Sie aber auch nicht, daß dieses Werkzeug eine Waffe ist, die Waffe eines zähen, erbitterten und gefährlichen innerpolitischen Kampfes, die Waffe des liberalen Systems gegen einen Führungsstaat, gegen einen Staat, der sich wieder auf Über- und Unterordnung besonnen hat, gegen einen Staat, der weiß, daß jeder normale Staat der Weltgeschichte total gewesen ist. Mit diesen Waffen des liberalen Inventars können Sie „staatsfreie Sphären“ konstru-

ieren und ein Staat, der sich darauf einläßt, wird bald von allen Seiten abgebröckelt sein. Für diesen Zweck sind diese Waffen längst erprobt.

Ich spreche nicht etwa von einer allgemeinen theoretischen Besorgnis, sondern von einer Erkenntnis des letzten Jahrhunderts deutscher Staatsgeschichte. Der deutsche Staat war geistig in der Defensive. Dieser so überaus tüchtige, deutsche Beamtenstaat mit seinem vorbildlichen Beamtentum war nicht mehr imstande, eine politische Führung aufzubringen. Er war musterhaft objektiv, sein Beamtentum war positivistisch geschult, es war unbestechlich, aber es war neutral, d. h. es konnte den Staatsfeind nicht mehr vom Volksgenossen, und es konnte schließlich auch vor lauter formaler Legalität nicht mehr Recht und Unrecht unterscheiden. So mußte es zu den Vorgängen des Jahres 1932 kommen. Nur wer sich dieser Geschichte des großen glorreichen deutschen Beamtenstaates in der Reihenfolge der Stadien des letzten Jahrhunderts bewußt ist, erkennt die ungeheure Leistung des Nationalsozialismus, der dem deutschen Staat wieder eine Führung gegeben hat. Der liberal-demokratische Staat baute einen Schleier und eine verfassungsrechtliche Fassade vor den immer noch weiterbestehenden, nach ganz anderen Prinzipien lebenden und konstruierten deutschen Beamtenstaat. Hinter der Fassade des liberalen Verfassungsstaates sind wir in Deutschland immer ein Beamtenstaat, d. h. ein Verwaltungsstaat gewesen. Darin liegt der tiefere Sinn des bekannten und oft zitierten Wortes von Otto Mayer: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht". Der Beamtenstaat hat diesen Staat getragen, das Beamtentum war die staatstragende Schicht im deutschen Staat des 19. Jahrhunderts. Aber es war nicht mehr imstande, aus sich eine echte politische Führung zu entwickeln, und infolgedessen war es der politischen Aufgabe nicht mehr gewachsen. Daß aus der Sphäre des liberalen Verfassungsstaates und des Parlamentarismus kein echtes Führertum hervorgehen konnte, war ebenfalls selbstverständlich. So fiel dieser Staat nach zwei Teilen, Beamtentum und Bürgertum, auseinander, und beide Teile waren zur politischen Führung des Ganzen nicht imstande. In Preußen hat sich am 20. Juli 1932 gezeigt, daß Reichswehr und preußisches Beamtentum noch einmal eine marxistische und Zentrumsregierung von sich abschütteln konnten. Damit war aber ihre Kraft erschöpft. Den Staat halten und politisch führen konnten sie nicht. Deswegen ist der 30. Januar 1933 ein so großer Tag in der deutschen Staats- und Verfassungsgeschichte, weil hier nach einem, nur durch das glückliche Zwischenspiel – mehr war es leider nicht – eines genialen Mannes wie Bismarck unterbrochenen Jahrhundert der Verwirrung und Führerlosigkeit der deutsche Staat wieder eine Führung bekam, und nun ein neues, auf politische Führung gestelltes Staatswesen entsteht.

Liebe Volksgenossen! Ich konnte Ihnen in meinem Bericht nur einen zusammenfassenden Überblick über die gegenwärtige Verfassungslage geben, über die neue dreigliedrige, aus Bewegung, Volk und Staat zusammengesetzte

Struktur und über eine große verfassungsrechtliche Wendung. Ich konnte nur in den Beispielen und andeutend einen so wesentlichen neuen Begriff wie den des Führertums und die liberale Entstellung dieses Begriffs durch den Aufsichtsbegriff oder durch andere Begriffe zeigen. Dieser Begriff des Führers bedarf der Entwicklung. Wir wissen: Führen ist nicht Kommandieren, Führen ist nicht Diktatur, Führen ist etwas, das auf *Artgleichheit zwischen Führer und Gefolgschaft* beruht. Es gibt keine andere Führung. Es gibt viele nützliche und vielleicht auch gerechte Formen der Herrschaft und des Befehlens. Was die Engländer mit dem indischen Volk oder mit dem ägyptischen Volk machen und gemacht haben, kann unter vielen Gesichtspunkten zu rechtfertigen sein, aber es ist nicht Führung. Führung gibt es nur zwischen Artgleichen, und dieser Begriff der Artgleichheit ist ein unentbehrlicher, und zwar auch juristisch-systematisch unentbehrlicher, Zentralbegriff des heutigen staats- und verwaltungsrechtlichen Denkens. Aber auch dieser Begriff ist im wesentlichen klar und hat sich durchgesetzt. Ich sehe meine Aufgabe vor allem darin, die zu erwartende Gefahr von Entstellungen durch eingewurzelte Denkgewohnheiten hier fernzuhalten.

Ein großer Durchbruch ist uns gelungen. Wir haben den dreigliedrigen, seinem Wesen nach deutschen Staatstypus des 20. Jahrhunderts in Deutschland zur Wirklichkeit gebracht. Wir haben die Sphäre der politischen Führung, die bisher eine Sphäre anonymer und unverantwortlicher Privatgeschäfte war, wieder klar herausgestellt, und wir haben das Zwielicht liberaler Anonymität eines Parteiensystems beseitigt. Eine mächtige, von einem Führer beherrschte Bewegung tritt vor, sie nimmt offen die politische Führung für sich in Anspruch und damit auch die Verantwortung vor der Geschichte und dem Volk. In die Fiktionen des vergangenen Systems führt kein Weg zurück. Das ist der große Durchbruch, dessen wir uns immer bewußt sein wollen. Aber der Durchbruch ist nicht nur ein konstruktiv-organisatorischer, er ist auch als geistiger Durchbruch erfolgreich gewesen. Wir sind aus der Verwirrung eines formalistischen Rechtsdenkens befreit worden, das zum Mißbrauch aller legalen Formen und Einrichtungen geradezu zwang, und das jeden, der damit zu tun hatte, wenn er überhaupt sein Leben retten wollte, dazu zwang, sich der legalen Formen mißbräuchlich zu bedienen und darüber nachzudenken, wie er die Gesetze umgehen kann, so daß schließlich die Rechtswissenschaft zu einer Gesetzesumgehungskunde wurde. Aus dieser Welt einer falschen Legalität sind wir gerettet und treten ein in die Welt des substanzhaften Rechts, die zugleich eine Welt unseres eigenen Volkes, unserer eigenen Geschichte, unseres wahren Selbst ist. Wir haben, glaube ich, die Vorstufe der bloßen *Gleichschaltung* überkommener Formen und Gestaltungen bereits überwunden. Wir sind auf die bisherigen Gestaltungen nicht mehr angewiesen und sind – um das bereits genannte prägnante Wort zu wiederholen – zu einer *Sachgestaltung aus eigenem Geist* übergegangen, und damit

treten wir in ein Stadium rechtlicher Schöpfungs- und Gestaltungsmöglichkeiten ein, von dessen Größe diese kurzen Andeutungen nur einen sehr schwachen und kleinen Eindruck vermitteln können.

Aber auch von der *Gefahr*, die dem neuen Leben droht, konnte nur im Vorübergehen gesprochen werden. Ein ganzes Gebirge alter Denkgewohnheiten und Begriffe lastet noch bis in die Terminologie und das Vokabularium hinein auf ganzen Generationen und Jahrgängen deutscher Juristen, und in tausend Erscheinungsformen, bald hämisch, bald überheblich und ironisch, bald unterwürfig sich anpassend, suchen die Gespenster des Vergangenen das neue Leben an sich zu saugen und des neuen Geistes sich zu bemächtigen. Darum kam das Wort „bewußt" und „Bewußtheit" in meiner Rede häufig vor. Denn alles hängt davon ab, daß wir den politischen Mißbrauch, der mit den Begriffen Recht und Rechtsstaat hundert Jahre lang getrieben wurde, durchschauen, und daß wir ihm unsere eigene Begriffs- und Sachgestaltung mit unerbittlicher Klarheit entgegenstellen. Wir kennen als Juristen – wir sind nämlich keine Dilettanten – die Bedeutung und den Wert der formalen Legalität. Wir wissen, daß kein Staat ohne Legalität auskommt. Wir kennen auch die Grenzen der Legalität und wissen, daß es außer der Legalität auch Rechtsprobleme gibt. Aber auch die Legalität in ihren engsten Grenzen muß wesens- und artgetreu sein. Darum schaffen wir die Legalität unseres eigenen nationalsozialistischen Staates. Darüber brauchen wir uns von Andersdenkenden und Andersgesinnten nicht belehren zu lassen. Wir kennen den Wert genereller Normierungen, aber auch den Rechtswert des konkreten Befehls des wahren Führers. Wir lassen uns nicht durch eine sophistische Antithese von Politik und Recht und Recht und Macht darüber beirren, daß der Wille des Führers *Recht* ist. Dem Willen eines Führers zu folgen ist, wie uns Heraklit gesagt hat, ebenfalls ein *nomos*. Auch diese Art Recht hat ihre Sphäre und darf nicht durch eine Alternative von Recht und Macht oder Recht und Politik verfälscht werden.

Wir stehen in einem großen Kampf, in dem schwersten Kampf um das Recht, den ein Volk gekämpft hat, denn es ist zugleich ein Kampf um uns selbst und um ein arteigenes Führertum. Wir stehen in einem Kampf gegen die abstrakte Nichtunterscheidung von Gleich und Ungleich. Der Nationalsozialismus hat den Mut, Ungleiches ungleich zu behandeln und sieht auch darin eigentliches Recht. Wir wissen, daß die Nichtunterscheidung von Gleich und Ungleich zur Nichtunterscheidung von Recht und Unrecht führt. Wenn wir aber immer wieder von Führertum und vom Führerbegriff sprechen, so wollen wir nicht vergessen, daß zu diesem Kampf echte Führer gehören, und daß unser Kampf hoffnungslos wäre, wenn sie uns fehlten. Unsere Gegner haben es hier leicht, sie können sich hinter abstrakte Vorstellungen und Schablonen von Humanität, Rechtsstaat usw. verstecken; sie können unpersönlich bleiben. Wir können es nicht, wir müssen konkret sein, wir

müssen, möchte ich sagen, real-präsent sein. Wir sind widerlegt, wenn wir keine Führer haben, und wir sind die Sieger, wenn wir große Führer haben. Wir haben sie und darum schließe ich mein Referat, indem ich zwei Namen nenne: Adolf Hitler, den Führer des deutschen Volkes, dessen Wille heute der *nomos* des deutschen Volkes ist, und Hans Frank, den Führer unserer deutschen Rechtsfront, den Vorkämpfer für unser gutes deutsches Recht, das Vorbild eines nationalsozialistischen deutschen Juristen.

12. Die Verfassungslage Deutschlands

Preußische Justiz – Rechtspflege und Rechtspolitik, Nr. 42,
5. Oktober 1933, Ausgabe A, S. 479–482

I. Die gegenwärtige Verfassungslage

1. Das gesamte öffentliche Recht des heutigen deutschen Staates steht auf *eigenem* Boden. Die Weimarer Verfassung gilt, ebenso wie die große Masse des revolutionären Rechts, soweit sie nicht der neuen Rechtslage widerspricht, in vielen Einzelbestimmungen weiter, aber *nicht als Grundlage* und verfassungsmäßige Legitimierung des heutigen Staates. Ihre heutige Weitergeltung beruht auf einer teils ausdrücklichen, teils stillschweigenden Übernahme in das neue Staatsrecht. Weder inhaltlich-materiell noch in ihrer formellen Verfassungsgesetzeskraft kann die Weimarer Verfassung die Grundlage des nationalsozialistischen Staates sein.

Was die materielle Grundlage angeht, so sind gerade die der Weimarer Republik weltanschaulich und organisatorisch wesentlichen Bestimmungen, wie auch ihre Voraussetzungen beseitigt. Noch vor der vorläufigen Verfassung vom 24. März 1933 hat ein Erlaß des Reichspräsidenten vom 12. März 1933 mit der schwarz-rot-goldenen *Fahne* des Weimarer Systems und mit dem Art. 3 der Weimarer Verfassung *ihren Geist und ihre Grundlage feierlich verneint und beseitigt*. Auch für die Vernichtung der Kommunistischen Partei hat man nicht erst eine Ermächtigung des Weimarer Systems abwarten können, das aus seiner eigenen Schwäche und Neutralität heraus nicht einmal einen Todfeind des deutschen Volkes auszuscheiden vermochte. Eine gesetzliche Regelung wie die des Reichsgesetzes gegen Neubildungen von Parteien vom 14. Juli 1933 verneint sowohl weltanschaulich wie in ihren organisatorischen Folgerungen die Weimarer Verfassung von Grund auf. Die neue Welt des nationalsozialistischen Rechts ist mit den Begriffen und Formen des Weimarer Systems in keiner Weise auch nur zu begreifen, viel weniger zu rechtfertigen und zu begründen.

Auch unter dem Gesichtspunkt der formellen Verfassungsgesetzeskraft versagen die Bestimmungen der Weimarer Verfassung.

Das Ermächtigungsgesetz ist vom Reichstag nur im Vollzug des durch die Reichstagswahl vom 5. März 1933 erkennbar gewordenen *Volkswillens* beschlossen worden. Die Wahl war in Wirklichkeit, rechtswissenschaftlich betrachtet, eine *Volksabstimmung*, ein Plebiszit, durch welches das deutsche

Volk *Adolf Hitler*, den Führer der nationalsozialistischen Bewegung, als politischen Führer des deutschen Volkes anerkannt hat. Die Gemeindeabstimmung vom 12. März hat denselben Volkswillen nochmals bekräftigt. *Reichstag und Reichsrat* handelten hier also nur als *Volksorgane des Volkswillens*. Die vorläufige Verfassung vom 24. März 1933 trägt alle Merkmale einer Übergangsregelung. Wenn sie in den Formen eines verfassungsändernden Gesetzes nach Art. 76 gemäß der Weimarer Verfassung korrekt ist, so hat also das nicht den Sinn, daß man heute noch die Weimarer Verfassung als die Grundlage des heutigen Staatswesens ansehen dürfte, sondern bedeutet nur, daß jenes Gesetz *eine Brücke vom alten zum neuen Staat, von der alten Grundlage zur neuen Grundlage darstellte*. Es war von großer praktischer Bedeutung, daß dieser Übergang *legal* erfolgte.

Die deutsche Revolution war legal

Die deutsche Revolution war legal, d. h. gemäß der früheren Verfassung formell korrekt. *Sie war es aus Disziplin und deutschem Sinn für Ordnung*. Unser ganzes öffentliches Recht, einschließlich aller aus der Weimarer Verfassung übernommenen weiter geltenden Bestimmungen, steht in einem völlig neuen Zusammenhang.

2. Die gegenwärtige Verfassungslage ist dadurch gekennzeichnet, daß ein Nebeneinander mehrerer höchster Reichsstellen wie auch mehrerer Gesetzgebungsmöglichkeiten besteht.

a) Als höchste Reichsstellen sind zu nennen: Reichspräsident, Reichskanzler, Reichsregierung, Volk, Reichstag, Reichsrat. Für die Gruppierung dieser höchsten Reichsorgane gilt als ordnender Gesichtspunkt, daß der *Reichskanzler* der politische Führer des im Deutschen Reich politisch geeinten deutschen Volkes ist. Die Rechte des *Reichspräsidenten* bleiben gewahrt. Aber die abnorme Lage der letzten Jahre des Weimarer Systems, in denen der Reichspräsident aus der Eigenart seines hohen Amtes herauszutreten und als Ersatz für eine politische Führung zu fungieren gezwungen war, ist jetzt entfallen. Er ist jetzt wieder in die eigentlich konstitutionelle Position eines autoritären Staatshauptes zurückgekehrt. Im Verhältnis zu sämtlichen anderen Reichsorganen gilt ohne weiteres der *Vorrang der politischen Führung*, der ein Grundgesetz des heutigen Staatsrechts ist.

b) Außer dem Nebeneinander der genannten Reichsstellen besteht ein Nebeneinander verschiedener Gesetzgebungsmöglichkeiten. Der heute normale Weg der Gesetzgebung ist der eines Beschlusses der Reichsregierung. Daneben hat die Reichsregierung die Möglichkeit, das Volk im Wege der Abstimmung zu befragen.

3. Einfach und klar liegen heute die verfassungsrechtlichen Beziehungen zwischen *Reich und Ländern*. Das Reichsstatthaltergesetz vom 7. April 1933 hat den Vorrang der politischen Führung des Reiches gegenüber den Ländern sichergestellt. Der überlieferte Bundesstaatsbegriff des 19. Jahrhunderts, der sich in der inneren Schwäche und Korruption des pluralistischen Weimarer Parteienstaates zu behaupten gewußt hatte, ist dadurch überwunden.

Die Entwicklung, die mit dem Reichsstatthaltergesetz vom 7. April 1933 begonnen hat, ist noch nicht abgeschlossen. Die Erklärungen des Führers auf dem diesjährigen Parteitag in Nürnberg sind bekannt. Die politische Einheit des deutschen Volkes beruht nicht auf den Ländern oder den deutschen Stämmen, sondern auf der in sich geschlossenen Einheit des deutschen Volkes und der Staat und Volk tragenden nationalsozialistischen Bewegung. Irgendeine verfassungsrechtliche Garantie des Gebietsstandes oder der Existenz der heutigen Länder gibt es nicht mehr. Sie kann auch nicht etwa auf dem Umwege über den in der vorläufigen Verfassung vom 24. März 1933 enthaltenen Vorbehalt der Institution des Reichsrates mittelbar erschlossen werden.

4. Eine völlig neue Fragenreihe betrifft die rechtlichen Beziehungen von *Staat und Partei*. Trotz mancher einzelner Ähnlichkeiten des nationalsozialistischen Staates mit dem faschistischen italienischen Staat zeigen sich doch gerade hier große Verschiedenheiten hinsichtlich des Verhältnisses von Partei und Beamtentum, Partei und Heer, Partei und Staatshaupt.

Das Gesetz vom 28. April 1933 (RGBl. I S. 230) enthält in seinen Bestimmungen über die *Dienstsstrafgewalt für Mitglieder der SA. und SS*. sowie den besonderen Schutz ihrer Uniform ein weiteres Beispiel für die Vorrangstellung der nationalsozialistischen Organisation. Ein wiederum anders geartetes Beispiel ist der Kabinettsbeschluß vom 29. Juni 1933, wonach der Stellvertreter des Führers, Rudolf Heß (der in dem Beschluß mit Namen genannt ist), an den Kabinettssitzungen und Ministerräten der Reichsregierung teilnimmt. Vor allem aber sind hier die Personal-Unionen zu nennen, die auf der realen Grundlage unserer neuen Staatskonstruktion beruhen und die zum Teil bereits institutionellen Charakter tragen: der Führer der nationalsozialistischen Bewegung als deutscher Reichskanzler; seine Paladine und Unterführer in anderen politisch führenden Stellungen als Preußischer Ministerpräsident, Preußische, Bayerische und andere Minister, Reichsstatthalter oder Oberpräsidenten usw.

Die Verbindung von Staat und Partei läßt sich nicht mit den bisherigen Begriffen von Staat und Nicht-Staat, Partei und Nicht-Partei erfassen.

II. Die neue Gesamtstruktur der politischen Einheit

Die politische Einheit des nationalsozialistischen Staates ist eine *dreigliedrige* Zusammenfassung von *Staat, Bewegung, Volk*. Sie unterscheidet sich von dem aus dem 19. Jahrhundert überkommenen liberal-demokratischen Staatsschema von Grund auf, und zwar nicht nur hinsichtlich ihrer weltanschaulichen Voraussetzungen und ihrer allgemeinen Grundsätze, sondern auch in allen wesentlichen Konstruktions- und Organisationslinien des konkreten staatlichen Aufbaues.

Jedes einzelne der drei Worte Staat, Bewegung, Volk kann für das *Ganze* der politischen Einheit gebraucht werden. Es bezeichnet aber gleichzeitig auch *eine besondere Seite* und ein *spezifisches Element* dieses Ganzen. So läßt sich der Staat im engeren Sinne als der *politisch-statische Teil*, die Bewegung als das *politisch-dynamische* Element und das Volk als das im Schutz und Schatten der politischen Entscheidungen sich aufbauende *unpolitische* Element betrachten.

Darnach ergeben sich folgende drei Ordnungsreihen:

a) Das staatliche Behörden- und Ämterwesen, bestehend aus dem Heer und dem staatlichen Beamtentum.

b) Eine aus allen Schichten des Volkes sich rekrutierende, aber in sich geschlossene und hierarchisch geführte Staat und Volk tragende *Partei* als politischer Führungskörper. Sie wird von Soziologen vielfach als „Orden", „Elite" oder ähnlich bezeichnet, um sie von der politischen Partei des liberalen Staates zu unterscheiden; doch kann hier, da Mißverständnisse heute kaum noch zu befürchten sind, an der üblichen Benennung „Partei" weiterhin festgehalten werden. Das entspricht auch dem Wortlaut des Gesetzes vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 479) gegen die Neubildung von Parteien: „In Deutschland besteht als einzige politische Partei die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei."

c) Eine der *Selbstverwaltung* überlassene Sphäre des Volkes, die sowohl die berufsständische *Wirtschafts- und Sozialordnung* wie auch die (auf örtliche Nachbarschaft beruhende) *kommunale Selbstverwaltung* umfaßt.

Im Staat der deutschen Nationalsozialistischen Bewegung ist wie im faschistischen Staat Italiens – wenn auch in sehr verschiedener Weise – diese neue dreigliedrige Gesamtstruktur der politischen Einheit zu erkennen. Sie ist überhaupt kennzeichnend für den Staat des 20. Jahrhunderts. Selbst im bolschewistischen Staat der Sowjet-Union ist die dreiteilige Konstruktion als die eigentliche Wirklichkeit dieses politischen Gebildes wenigstens versucht worden.

Immer wieder muß daran erinnert werden, daß sowohl der Begriff des „Staates“ wie auch der des „Volkes“ durch diese Dreiteiligkeit geändert wird und die überlieferte Ausdrucksweise, die aus der geschichtlichen Lage des 19. Jahrhunderts entstanden ist, die neue Wirklichkeit nicht mehr erfassen kann.

Heute kann das Politische nicht mehr vom Staate her, sondern muß der Staat vom Politischen her bestimmt werden.

Der neue dreiteilige Staatsaufbau

Der neue dreiteilige Staatsaufbau des 20. Jahrhunderts hat das *zweiteilige liberaldemokratische Staats- und Verfassungsschema* des 19. Jahrhunderts längst überholt.

Die zweiteilige Konstruktion beruht auf dem Gegensatz von Staat und freier Einzelperson, von staatlicher Macht und individueller Freiheit, von Staat und staatsfreier Gesellschaft, von Politik und unpolitischer, daher unverantwortlicher und unkontrollierter Privatsphäre. Aus dieser Zweiteiligkeit erklärt sich dann das typisch zweiteilige Verfassungsschema des bürgerlichen Rechtsstaates.

Die Grund- und Freiheitsrechte des liberal-demokratischen Staats- und Verfassungssystems sind ihrem Sinne nach wesentlich Rechte der *Einzelperson*. Nur aus diesem Grunde können sie als „unpolitisch“ gelten. *Die liberale Staats- und Verfassungskonstruktion rechnet mit einer einfachen und unmittelbaren Gegenüberstellung von Staat und Einzelperson*. Nur von dieser Gegenüberstellung aus ist ein natürliches und sinnvolles Bestreben, ein ganzes Gebäude von Rechtsschutzmitteln und -einrichtungen aufzubauen, um die hilf- und schutzlose, arme, isolierte Einzelperson vor dem mächtigen Leviathan „Staat“ zu schützen. Nur zur Sicherung des armen Individuums haben die meisten Rechtsschutzmöglichkeiten des sog. Rechtsstaates einen Sinn und läßt es sich rechtfertigen, daß der Schutz gegen den Staat immer justizförmiger wird und immer mehr in der Entscheidung einer vom Staat unabhängigen richterlichen Instanz endet.

Alles das wird aber ganz sinnwidrig, sobald starke *kollektive Verbände oder Organisationen* die nichtstaatlich-unpolitische Freiheitssphäre besetzen und die nicht-staatlichen (aber keineswegs unpolitischen) Selbstorganisationen immer fester und stärker einerseits von Einzelpersonen zusammenfassen, andererseits dem Staat unter verschiedenen Rechtstiteln (als Volk, als Gesellschaft, als freies Bürgertum, als produzierendes Proletariat, als öffentliche Meinung usw. gegenübertreten. Solche nichtstaatlichen, aber wie gesagt durchaus politischen Verbände beherrschen dann sowohl (auf dem Weg über

die Gesetzgebung) den staatlichen Willen wie auch (durch gesellschaftlichen und „rein privatrechtlichen“ Zwang) das einzelne Individuum, das sie mediatisieren. *Sie werden die eigentlichen und wirklichen Träger der politischen Entscheidungen* und die Handhaber der staatlichen Machtmittel.

Heute erkennen wir nicht nur die inneren Widersprüche eines solchen hinter der Legalität des liberaldemokratischen Verfassungssystems sich abspielenden pluralistischen Systems; wir empfinden darüber hinaus unseren dreigliedrigen Staatsbau im Vergleich zu der liberaldemokratischen Zweiteilung (von Staat und Gesellschaft oder Staat und unpolitischer Freiheitssphäre usw.) bereits als die selbstverständliche Voraussetzung politischer Ehrlichkeit und Sauberkeit.

Erst als der Reichspräsident am 30. Januar 1933 den Führer der Nationalsozialistischen Bewegung, *Adolf Hitler*, zum Reichskanzler ernannte, wurde das Deutsche Reich wieder eine politische Einheit und fand der deutsche Staat die Kraft, den staatsfeindlichen Marxismus zu vernichten.

Heute läßt sich das Deutsche Reich als die politische Einheit des deutschen Volkes nur noch mit Hilfe des Dreiklanges von Staat, Bewegung, Volk begreifen. Das deutsche Berufsbeamtentum ist aus einer unklar und unhaltbar gewordenen Zwitterstellung befreit. Es ist gleichzeitig vor der Gefahr gerettet worden, nach liberaldemokratischer Art in die Rolle eines blinden Werkzeuges nichtstaatlich-gesellschaftlicher, d. h. politisch unverantwortlicher, unsichtbarer Mächte herabgedrückt zu werden. Weder ist es ein bloßes Instrument der Nationalsozialistischen Partei, noch erschöpft sich die Aufgabe dieser Partei darin, dem erstarrten Körper eines Beamtenstaates neues Blut zuzuführen und dann, nachdem sie im „Staat“ aufgegangen ist, abzudanken. Unterschieden aber nicht getrennt, verbunden, aber nicht verschmolzen laufen beide großen Schwungräder der politischen Einheit des deutschen Volkes nebeneinander, jedes nach seinem Gesetz und beide im Einklang des politischen Ganzen.

13. Staat, Bewegung, Volk

Die Dreigliederung der politischen Einheit

Reihe „Der deutsche Staat der Gegenwart“, Heft 1.
Herausgegeben von Prof. Dr. *Carl Schmitt*,
Preußischer Staatsrat, Mitglied der Akademie für deutsches Recht.
Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933

Inhalt

I. Die heutige Verfassungslage

1. Das gesamte öffentliche Recht des heutigen deutschen Staates steht heute auf *eigenem* Boden. Einzelne Bestimmungen der Weimarer Verfassung gelten noch, aber nicht anders wie die große Masse vorrevolutionärer Regelungen, also nur soweit sie der neuen Rechtslage nicht widersprechen, jedoch nicht als Grundlage und verfassungsmäßige Legitimierung des heutigen Staates. Ihre Weitergeltung beruht auf einer teils ausdrücklichen (z.B. in den gleich noch zu erwähnenden Vorbehalten der vorläufigen Verfassung – des sog. Ermächtigungsgesetzes – vom 24. März 1933 ausgesprochenen), teils stillschweigenden *Übernahme* in das neue Staatsrecht. Weder inhaltlich-materiell noch in ihrer formellen Verfassungsgesetzeskraft könnte die Weimarer Verfassung die Grundlage eines nationalsozialistischen Staates sein.

Die Weimarer Verfassung gilt nicht mehr. Alle Grundsätze und Regelungen, die dieser Verfassung weltanschaulich und organisatorisch wesentlich waren, sind mit allen ihren Voraussetzungen beseitigt. Noch vor dem sogenannten Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 hat ein Erlaß des Reichspräsidenten vom 12. März 1933 mit der schwarzrotgoldenen Fahne des Weimarer Systems (Art. 3 der Weimarer Verfassung) ihren Geist und ihre Grundlage feierlich verneint und beseitigt. Auch für die Vernichtung des Staats- und

Volksfeindes, der kommunistischen Partei, hat man nicht erst die Ermächtigung eines Systems abwarten können, das aus seiner eigenen Schwäche und Neutralität heraus nicht einmal einen Todfeind des deutschen Volkes zu unterscheiden vermochte. Eine gesetzliche Regelung wie die des Reichsgesetzes gegen Neubildungen von Parteien vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 479) und des Gesetzes zur Gewährleistung des Rechtsfriedens vom 13. Oktober 1933 (RGBl. I S. 723) verneint sowohl weltanschaulich wie in ihren organisatorischen Folgerungen die Weimarer Verfassung von Grund auf. Diese ist nicht mehr identisch mit sich selbst, wenn die gesamte liberaldemokratische Gedankenwelt entfallen ist, wenn es z. B. unterschiedslose Parteibildungen, politische Werbungs-, Meinungs-, Gesinnungs- und Betätigungsfreiheit auch der staatsgegnerischen Bestrebungen, weltanschauliche, bis zum Selbstmord gehende Neutralität, Gleichheit, d. h. Nichtunterscheidung von Staatsfeind und -freund, von Volksgenossen und Artfremden, nicht mehr gibt. Die neue Welt des nationalsozialistischen Rechts ist mit den Begriffen und Formen des Weimarer Systems in keiner Weise auch nur zu begreifen, viel weniger zu rechtfertigen oder zu begründen. Jeder Versuch, die heutige Rechtslage von der Weimarer Verfassung aus zu rechtfertigen oder zu widerlegen, ist daher, vom nationalsozialistischen Staat aus gesehen, entweder ein sinnloses Spiel, oder aber ein Ausdruck des politischen Bestrebens, das heute geltende öffentliche Recht und die dem heutigen Staat zukommende *auctoritas rei constitutae* in die Gedankengänge des früheren Rechts zurückzuführen und dadurch entweder zu paralysieren oder doch wenigstens zu relativieren.

Auch unter dem Gesichtspunkt der sog. formellen Verfassungsgesetzeskraft versagen die Bestimmungen der Weimarer Verfassung. Die vorläufige Verfassung vom 24. März 1933 (das sogenannte Ermächtigungsgesetz) wie auch das Gesetz über die Volksabstimmung vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 479) sprengen den Rahmen jeder nach der Weimarer Verfassung denkbaren Regelung. Die Vorbehalte der vorläufigen Verfassung vom 24. März 1933 (Rechte des Reichspräsidenten, ferner Reichstag und Reichsrat als Institutionen) gelten nicht gegenüber jenem Gesetz über die Volksabstimmung vom 14. Juli 1933. Mit Hilfe dieses Gesetzes können daher auch solche Gesetze zustande kommen, die über jene Vorbehalte der vorläufigen Verfassung vom 24. März 1933 hinausgehen.

Manche Juristen, die sich offenbar nicht an die Wirklichkeit des nationalsozialistischen Staates gewöhnen können, haben versucht, fundamentale neue Gesetze dieses Staates je nachdem großzügig als „zulässige“ oder kritisch als „unzulässige“ Abweichungen von der Weimarer Verfassung hinzustellen, die ausschließlich an jenem sog. „Ermächtigungsgesetz“ zu messen wären. Das ist eine innerlich unmögliche, unhaltbare Auffassung. Man kann nicht den Text der Weimarer Verfassung als ein unter dem neuen Staats- und Verfassungsrecht des nationalsozialistischen Staates immer noch weiter geltendes

Recht behandeln, woraus dann zu folgern wäre, daß das nationalsozialistische Staatsrecht (so wie die Dawesplangesetze von 1924!) nur als vorübergehende Zwischenregelung auf dem Untergrund der früheren Verfassung gelte und ein einfaches Gesetz des Reichstags das ganze neue Verfassungsrecht wieder aufheben und zur Weimarer Verfassung zurückführen könnte[1]. Wie soll der „bloße Text" einer Verfassung von ihrem Inhalt und ihrer formellen Geltung unterschieden werden, und wie ist es rechtslogisch möglich, zu sagen, es gelte zwar inhaltlich neues, vollgültiges Verfassungsrecht und der Inhalt des Weimarer Verfassungsrechts gelte nicht mehr, trotzdem aber gelte ein nur momentan geltungsloser Text der Weimarer Verfassung weiter? Ich erwähne diese Ansicht nur als Beispiel für die Verwirrung, die sich sofort einstellt, wenn man den klaren und einfachen Standpunkt preisgibt, daß das Recht des gegenwärtigen nationalsozialistischen Staates nicht auf einer ihm wesensfremden und wesensfeindlichen, sondern auf seiner eigenen Grundlage ruht.

Was bedeutet dann aber das Reichsgesetz vom 24. März 1933, das doch in den Formen eines verfassungsändernden Gesetzes gemäß den Bestimmungen des Art. 76 der Weimarer Verfassung mit den erforderlichen Zweidrittelmehrheiten beschlossen worden ist? Dieses sog. Ermächtigungsgesetz ist vom Reichstag nur im Vollzug des durch die Reichstagswahl vom 5. März 1933 erkennbar gewordenen Volkswillens beschlossen worden. Die Wahl war in Wirklichkeit, rechtswissenschaftlich betrachtet, eine Volksabstimmung, ein Plebiszit, durch welches das deutsche Volk Adolf Hitler, den Führer der nationalsozialistischen Bewegung, als politischen Führer des deutschen Volkes anerkannt hat. Die Gemeindeabstimmungen vom 12. März haben denselben Volkswillen nochmals bekräftigt. Reichstag und Reichsrat handelten hier also nur als Vollzugsorgane des Volkswillens. Für die Denkgewohnheiten des bisherigen sog. positivistischen Juristen liegt es aber trotzdem nahe, in diesem Gesetz die Rechtsgrundlage des heutigen Staates zu finden. Der Ausdruck „Ermächtigungsgesetz" verstärkt noch die Neigung zu diesem Irrtum. Es ist daher notwendig, das Wort Ermächtigungsgesetz als eine juristisch ungenaue, ja unrichtige Bezeichnung zu erkennen, und es wäre zweckmäßig, das Wort ganz zu vermeiden, zumal es weder in der Überschrift („Gesetz zur Behebung der Not von Staat und Volk") noch im Wortlaut des Gesetzes vorkommt und nur von außen an das Gesetz herangetragen worden ist. In Wahrheit ist dieses „Ermächtigungsgesetz" ein *vorläufiges Verfassungsgesetz des neuen Deutschland*[2].

---

[1] So z.B. Medicus in „Deutsches Recht" von Pfundtner-Neubert, Berlin 1933, Anmerkung zum Reichsgesetz vom 24. März 1933 und Scheuner, Leipziger Zeitschrift, August 1933 (S. 903).

[2] Diese Deutung, die ich nicht erst nachträglich, sondern gleich nach der Veröffentlichung des Gesetzes (zuerst am 31. März 1933 auf der Tagung der Deutschen Vereinigung für Staatswissenschaftliche Fortbildung in Weimar) vertreten habe,

Die vorläufige Verfassung vom 24. März 1933 trägt alle Merkmale einer *Übergangsregelung*. Wenn sie in den Formen eines verfassungsändernden Gesetzes nach Art. 76 gemäß der Weimarer Verfassung korrekt ist, so hat das also nicht den Sinn, daß man heute noch die Weimarer Verfassung als die Grundlage des heutigen Staatswesens ansehen dürfte, sondern bedeutet nur, daß jenes Gesetz eine *Brücke vom alten zum neuen Staat, von der alten Grundlage zur neuen Grundlage* darstellt. Es war von großer praktischer Bedeutung, daß dieser Übergang legal erfolgte. Denn, wie unten noch zu erwähnen, ist die Legalität ein Funktionsmodus des staatlichen Beamten- und Behördenapparates und insofern von politischer und juristischer Bedeutung. Es ist auch nicht ohne Wert, daß ein System sich in aller Form gemäß seiner eigenen Legalität selber aufgibt und sein Siegel unter sein eigenes Ende setzt. Aber das ist dann doch nur die Abdankung und Todeserklärung des alten, nicht aber eine Wesensbestimmung des neuen Rechts. Weder die Grundlage, noch die Grenze, noch irgendein wesentlicher Auslegungsgesichtspunkt, der den heutigen Staat binden könnte, läßt sich aus der alten, abgedankten Epoche ableiten. Für das heute geltende Recht bedeutet jene „Ermächtigung" vom 24. März 1933 nicht mehr, als eine Art republikanischer Analogie zu der ausdrücklichen Enthebung vom Treueid, die ein Monarch beim Thronverzicht oder bei der Abdankung ausspricht. Hierzu steht jene Legalisierung, was ihren politisch-staatsrechtlichen Sinn angeht, im gleichen Verhältnis, wie das Legalitätsdenken eines liberaldemokratischen Gesetzgebungsstaates zu den Treuevorstellungen eines monarchischen Beamtenstaates.

Die deutsche Revolution war legal, d.h. gemäß der früheren Verfassung formell korrekt. Sie war es aus Disziplin und deutschem Sinn für Ordnung. Im übrigen bedeutet ihre Legalität nur eine von der früheren Weimarer Verfassung, also von einem *überwundenen* System her bestimmte Eigenschaft. Es wäre juristisch falsch und politisch ein Sabotageakt, aus dieser Art Legalität eine Weitergeltung überwundener Rechtsgedanken, Einrichtungen oder Normierungen und damit eine fortdauernde Unterwerfung unter den Buchstaben oder den Geist der Weimarer Verfassung abzuleiten. Das gute Recht der deutschen Revolution beruht nicht darauf, daß sich einige Dutzend Abgeordnete bereit fanden, durch ihre Zustimmung die fünfzehn Prozent Differenz von einfacher und Zweidrittelmehrheit auszugleichen, und das Recht des heutigen deutschen Staates hängt nicht an den Voraussetzungen, Vorbehalten oder gar den Mentalreservationen, unter denen jene Gruppe ihre Zustimmung gegeben hat. Es wäre politisch, moralisch und juristisch gleich sinnwidrig,

---

dürfte sich inzwischen durchgesetzt haben. Es ist hierfür von besonderer Bedeutung, daß der Staatssekretär im Reichsministerium des Innern, Herr Dr. Pfundtner (Vortrag in der Verwaltungsakademie zu Berlin vom 4. Juli 1933, Heft 1 der öffentlichen Verwaltung im Neuen Reich, Berlin 1933), den gleichen Standpunkt eingenommen und das Gesetz als eine „vorläufige Verfassung" bezeichnet hat.

von der Machtlosigkeit her Ermächtigungen zu erteilen und auf diese Weise einem machtlos gewordenen System wieder Macht zu erschleichen. Das Lebendige kann sich nicht am Toten und die Kraft braucht sich nicht an der Kraftlosigkeit zu legitimieren.

Wenn Rudolf Heß, der Stellvertreter unseres Führers, auf dem Parteitag in Nürnberg 1933 gesagt hat, daß dieser Parteitag ein „Reichstag" des Dritten Reiches war, so trifft das zu; aber der Begriff „Reichstag" bestimmt sich nicht mehr nach der Einrichtung gleichen Namens, die die Weimarer Verfassung meint. Und wenn der Stellvertreter des Führers den Satz ausspricht: „Alle Gewalt geht vom Volke aus", so ist das etwas wesentlich anderes, als wenn die liberaldemokratische Weimarer Verfassung in ihrem Art. 1 die gleichen Worte braucht. Unser ganzes öffentliches Recht, einschließlich aller aus der Weimarer Verfassung übernommenen weiter geltenden Bestimmungen, steht in einem völlig neuen Zusammenhang. Die Grundzüge der neuen Staatsstruktur werden (unter II.) dargelegt werden. Hier soll nur gegenüber allen falschen juristischen Konstruktionen, die den nationalsozialistischen Staat in die Geleise und Denkweisen des alten überwundenen Staatsdenkens zurückführen möchten, das *eigene Recht* unseres neuen Staates von Anfang an klargestellt werden.

2. Die heute geltenden verfassungsgesetzlichen Bestimmungen enthalten ein Nebeneinander mehrerer höchster Reichsstellen wie auch mehrerer Gesetzgebungsmöglichkeiten.

a) Als höchste *Reichsstellen* sind heute zu nennen: Reichspräsident, Reichskanzler, Reichsregierung, Reichstag, Reichsrat[3]. Die Frage nach dem

[3] Den Reichswirtschaftsrat und den stellvertretenden Reichspräsidenten wird man beiseite lassen können. Der Reichswirtschaftsrat ist trotz des Gesetzes vom 5. April 1933 (RGBl. I S. 165) ein Zwischengebilde unklarer Bedeutung, solange nicht durch den Aufbau einer berufsständischen Sozialverfassung über sein Schicksal entschieden ist. Was die Stellvertretung des Reichspräsidenten betrifft, so soll nach dem Gesetz über die Vertretung des Reichspräsidenten vom 17. Dezember 1932 (RGBl. I S. 547) bei jeder, auch der kürzesten Verhinderung des Reichspräsidenten nicht der Reichskanzler, sondern der Präsident des Reichsgerichts den Reichspräsidenten vertreten. Diese Regelung ist bekanntlich in einem besonders trüben Augenblick des Weimarer Viel-Parteien-Staates zustande gekommen. Ihr Sinn und Zweck liegt darin, daß in einem solchen pluralistischen System die einander bekämpfenden Parteien überhaupt keinen einheitlichen politischen Willen haben, sondern sich höchstens in einem politischen Nullpunkt treffen können. Im nationalsozialistischen Staat, der auf dem Führerprinzip beruht, wird eine aus solchen Motiven entstandene Regelung sinnwidrig. Daher ist das Gesetz vom 17. Dezember 1932 meiner Ansicht nach auch ohne ausdrückliche Aufhebung ebensowenig noch in Kraft wie andere, dem gegenwärtigen Recht nicht mehr entsprechende, verfassungsgesetzliche Bestimmungen des Weimarer Systems. Sollte eine besondere Außerkraftsetzung dieses Gesetzes für nötig erachtet werden, so wäre das aus psychologischen Gründen in unserer Über-

gegenseitigen Verhältnis der mehreren Reichsstellen läßt sich nicht von der Weimarer Verfassung her beantworten. Für die Gruppierung der höchsten Reichsstellen gilt als ordnender Gesichtspunkt, daß der Reichskanzler der politische Führer des im Deutschen Reich politisch geeinten deutschen Volkes ist. Dieser Vorrang der politischen Führung ist ein Grundgesetz des heutigen Staatsrechts. Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben gewahrt. Aber die abnorme Lage der letzten Jahre des Weimarer Systems, in denen der Reichspräsident aus der Eigenart seines hohen Amtes herauszutreten und als Ersatz für eine politische Führung zu fungieren gezwungen war, ist jetzt entfallen. Er ist jetzt wieder in eine Art „konstitutioneller" Position eines autoritären Staatshauptes, „*qui règne et ne gouverne pas*", zurückgekehrt. Es ist heute nicht etwa nur *de facto*, sondern im vollen Sinne de jure ganz selbstverständlich, daß der Reichskanzler Adolf Hitler staatsrechtlich eine Stellung hat, die mit keiner Stellung irgendeines früheren Reichskanzlers vergleichbar ist, sei es gegenüber dem Reichspräsidenten, sei es gegenüber den Mitgliedern der Reichsregierung. Die politische „Führung" Adolf Hitlers ist auch mehr und etwas Anderes als bloße „Richtlinienbestimmung" nach Art. 56 der Weimarer Verfassung.

b) Außer dem Nebeneinander der genannten Reichsstellen besteht ein Nebeneinander verschiedener *Gesetzgebungsmöglichkeiten*. Der heute normale Weg der Gesetzgebung ist der eines Beschlusses der Reichsregierung (Art. 1 der vorl. Verfassung vom 24. März 1933). Daneben hat die Reichsregierung die Möglichkeit, das Volk im Wege der Abstimmung zu befragen, und zwar über Maßnahmen und über Gesetze (Ges. vom 14. Juli 1933). Die aus der Weimarer Verfassung herübergenommenen Gesetzgebungsmöglichkeiten (Reichstagsbeschluß nach Art. 68 und Volksentscheid nach Art. 73) stehen ebenfalls noch offen. Endlich ist auch das Reichsgesetzvertretende Verordnungsrecht des Reichspräsidenten nach Art. 48 Absatz 2 noch in Kraft und in besonderen Fällen ausgeübt worden.

Auch gegenüber diesen vielfachen Reichsgesetzgebungsmöglichkeiten ergibt sich die Frage nach ihrem Rang und gegenseitigen Verhältnis. Auch hier läßt sich die Frage nicht durch formalistische und sophistische Wortinterpretationen von der Weimarer Verfassung her entscheiden. Das Staatsrecht des nationalsozialistischen Staates hat sich vielmehr zum Bewußtsein zu bringen, daß der unbedingte Vorrang der politischen Führung ein positiv geltendes Grundgesetz des heutigen Staatswesens ist. Es gehört zur folgerichtigen Anwendung dieses Grundgesetzes, daß die liberal-verfassungsstaatliche Trennung von Legislative und Exekutive entfällt und die Regierung ein echtes formelles Gesetzgebungsrecht hat (wie das übrigens in Art. 1 der vorl. Ver-

---

gangszeit vielleicht nicht überflüssig, aber in keiner Weise konstitutiv oder juristisch unentbehrlich.

fassung vom 24. März 1933 ausdrücklich anerkannt ist); daß ferner alle Gesetzesinitiative grundsätzlich Sache der Regierung ist. Infolgedessen gibt es wohl noch einen Appell des Führers an den Reichstag und dadurch möglicherweise eintretende Fälle der Reichsgesetzgebung. Dagegen versagt nicht nur tatsächlich, sondern auch staatsrechtlich jede Möglichkeit, gegen den Willen des Führers den Reichstag (etwa auf Grund eines angeblichen Rechtes von einem Drittel der Mitglieder nach Art. 24) einzuberufen und dort ein sog. Initiativgesetz einzubringen. Auch der Volksentscheid und das Volksgesetzgebungsverfahren der Weimarer Verfassung tritt vor dem neuen Volksbefragungsrecht der Reichsregierung zurück.

Die weitere Frage nach dem Verhältnis eines Reichsregierungsgesetzes zu einem durch Volksbefragung zustande gekommenen Gesetz läßt sich ebenfalls an der Hand anerkannter nationalsozialistischer Grundsätze beantworten. Die Reichsregierung erkennt den Willen des Volkes, das sie befragt hat, als maßgebend an und betrachtet sich dadurch als gebunden. Sie spricht sich keineswegs das Recht zu, ein auf einer Volksbefragung beruhendes Reichsgesetz durch ein Reichsregierungsgesetz einfach wieder aufzuheben. Etwas anderes ist es, wenn bei einer völlig veränderten Sachlage das Volksgesetz überhaupt nicht mehr zutrifft und sinnlos wird. Dann wäre es Sache der politischen Führung, darüber zu entscheiden, in welcher Form eine notwendige Neuregelung vorgenommen werden muß und welche der hierfür zur Verfügung stehenden Möglichkeiten – neue Volksbefragung, Neubildung des Reichstags, Reichstagsbeschluß, Regierungsgesetz – sie hierfür benutzen kann.

Die Neuwahl des Reichstags, die durch Verordnung des Reichspräsidenten vom 14. Oktober 1933 (RGBl. I S. 729) auf den 12. November 1933 angesetzt wurde, ist nur als ein *Bestandteil der großen Volksabstimmung* vom gleichen Tage zu verstehen, durch welche das deutsche Volk zur Politik der Reichsregierung Stellung nehmen und sich bekennen soll. Schon im Weimarer System hatte die sog. Wahl längst ihren eigentlichen *Wahl*-Charakter verloren; sie war, wie öfters festgestellt worden ist, zu einer das deutsche Volk in fünf oder sechs unvereinbare Parteien zerreißenden *plebiszitären Option* der stimmberechtigten Massen zwischen ebensovielen unvereinbaren Programmen und Weltanschauungen geworden. Im Einparteistaat des nationalsozialistischen Deutschland ist die Gefahr einer solchen pluralistischen Zerreißung Deutschlands in mehrere in sich totale Parteien überwunden. Die Wahl wird dadurch zur Antwort des Volkes auf einen von der politischen Führung erhobenen Appell. Der Appell-Charakter der Neubildung des Reichstages und sein Zusammenhang mit der Volksabstimmung ist am 12. November eindeutig hervorgetreten.

II. Die Dreigliederung der politischen Einheit

1. Die politische Einheit des gegenwärtigen Staates ist eine *dreigliedrige Zusammenfassung von Staat, Bewegung, Volk*. Sie unterscheidet sich von dem aus dem 19. Jahrhundert überkommenen liberal-demokratischen Staatsschema von Grund auf, und zwar nicht nur hinsichtlich ihrer weltanschaulichen Voraussetzungen und ihrer allgemeinen Grundsätze, sondern auch in allen wesentlichen Konstruktions- und Organisationslinien des konkreten staatlichen Aufbaues. Jeder wesentliche Begriff und jede bedeutungsvolle Einrichtung wird von dieser Verschiedenheit betroffen.

Das neue Staatsgefüge ist dadurch gekennzeichnet, daß die politische Einheit des Volkes und damit die Gesamtordnung seines öffentlichen Lebens sich in drei unterschiedenen Ordnungsreihen darstellt. Die drei Reihen stehen nicht gleichgeordnet nebeneinander, sondern eine von ihnen, nämlich die Staat- und Volktragende Bewegung, durchdringt und führt die beiden anderen. Drei Ordnungsstränge laufen in sich geordnet nebeneinander her, treffen sich an gewissen entscheidenden Punkten, insbesondere in der Spitze, haben bestimmt geartete, gegenseitige Kontakte und Querverbindungen, die aber die Unterscheidung nicht aufheben dürfen, und bilden in ihrer – durch die tragende Ordnungsreihe bewirkten – Gesamtheit die Verfassung der politischen Einheit. Sie sind jede in sich nach verschiedenen Gesichtspunkten und – wenn ich so sagen darf – aus verschiedenem Material gestaltet, jedoch sämtlich, wenn auch in verschiedener Weise, von der öffentlichen Rechtsordnung erfaßt.

Jedes einzelne der drei Worte Staat, Bewegung, Volk kann für das *Ganze* der politischen Einheit gebraucht werden. Es bezeichnet aber gleichzeitig auch *eine besondere Seite* und ein *spezifisches Element* dieses Ganzen. So läßt sich der Staat im engeren Sinne als der *politisch-statische Teil*, die Bewegung als das *politisch-dynamische* Element und das Volk als die im Schutz und Schatten der politischen Entscheidungen wachsende *unpolitische* Seite betrachten. Doch wäre es falsch, daraus in sophistischer Weise alternativ trennende und einander ausschließende Entgegensetzungen zu machen und Staat gegen Bewegung oder Bewegung gegen Staat, Volk gegen Staat oder Staat gegen Volk, Volk gegen Bewegung oder Bewegung gegen Volk auszuspielen. Das entspräche den später noch zu behandelnden liberalen Zerreißungen, deren politischer Sinn die Aufhebung oder wenigstens die Relativierung des politischen Ganzen ist. Die Bewegung insbesondere ist sowohl Staat wie Volk, und weder der heutige Staat (im Sinne von politischer Einheit), noch das heutige deutsche Volk (als das Subjekt der politischen Einheit „Deutsches Reich“) wären ohne die Bewegung auch nur vorstellbar.

Danach ergeben sich folgende drei Ordnungsreihen:

a) Das staatliche Behörden- und Ämterwesen, bestehend aus dem Heer und dem staatlichen Beamtentum; es wird vielfach noch (im Sinne eines überlieferten Sprachgebrauchs) als *der* Staat bezeichnet, ist das aber nur als Befehls-, Verwaltungs- und Justizorganisation, also nur in einem engeren Sinne, während das Wort „Staat" im weiteren Sinne, wie gesagt, immer noch als die überlieferte Bezeichnung für das *Ganze* der politischen Einheit eines Volkes gebraucht wird.

b) Eine aus allen Schichten des Volkes sich rekrutierende, aber in sich geschlossene und hierarchisch geführte, weil besonders strengen Aufbaues und straffer Führung bedürftige, Staat- und Volktragende *Partei* als der politische Körper, in dem die Bewegung ihre besondere Gestalt findet. Sie ist von Soziologen als „Orden", „Elite" oder ähnlich bezeichnet worden, um sie von der (grundsätzlich nicht fest organisierten, sondern auf „freier Werbung" beruhenden) politischen Partei des liberalen Staates zu unterscheiden. Doch kann hier, da Mißverständnisse heute kaum noch zu befürchten sind, an der üblichen Benennung „Partei" weiterhin festgehalten werden. Das entspricht auch dem Wortlaut des Gesetzes vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 479) gegen die Neubildung von Parteien: „In Deutschland besteht als einzige politische Partei die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei."

c) Eine der *Selbstverwaltung* überlassene Sphäre des Volkes, die sowohl die berufsständische *Wirtschafts- und Sozialordnung* wie auch die (auf örtliche Nachbarschaft beruhende) *kommunale Selbstverwaltung* umfaßt. Auch ein Korporationsstaat (*stato corporativo*) des faschistischen Staates, der eine territoriale Selbstverwaltung grundsätzlich ablehnt und nur fachliche oder „funktionale" Selbstverwaltungsarten zuläßt, ein Gewerkschafts- und Verbandssystem, eine „volkstümliche Sozialordnung" (dieses Wort ist eine Prägung Werner Sombarts), könnten diese Sphäre einer *nicht-staatlichen, aber öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltung* ausfüllen und eine im Gesamt-Rahmen der politischen Führung mögliche *Autonomie*, Genossenschaftlichkeit oder auch bündische Zusammenschlüsse verschiedener Art dem öffentlichen Leben des Volkes einfügen.

Im Staat der deutschen nationalsozialistischen Bewegung ist wie im faschistischen Staat Italiens – wenn auch in sehr verschiedener Weise – dieses neue dreifache Gesamtbild der politischen Einheit zu erkennen. Es ist überhaupt kennzeichnend für den Staat des 20. Jahrhunderts. Selbst im bolschewistischen Staat der Sowjet-Union ist eine dreigliedrige Konstruktion von Staat, Partei und Gewerkschaft als totale Erfassung der politischen und der sozialen Wirklichkeit versucht worden. Der dreigliedrige Aufbau wird aber nicht nur überall dort sichtbar, wo man die Sackgassen des liberal-demokratischen Systems zu überwinden und einen neuen, der sozialen und politischen Wirk-

lichkeit des 20. Jahrhunderts gemäßen Staat in Angriff zu nehmen sucht; er entspricht auch den großen, durch Hegel begründeten Überlieferungen deutschen Staatsdenkens. Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist er unter dem Einfluß liberaler und artfremder Theoretiker und Schriftsteller aus dem Bewußtsein des deutschen Volkes verdrängt worden. Der dreigestaltige Grundriß dürfte daher als erste anschauliche Skizze der gegenwärtigen Staatsstruktur heute allgemein einleuchten; er wird keineswegs von dem Einwand getroffen, daß es sich dabei nur um eine Idealisierung italienisch-faschistischer Zustände handle.

Es ist eine konstruktive und organisatorische Frage für sich, wie die drei Ordnungsreihen und die ihnen zugehörigen Organisationsreihen sich gegenseitig zueinander verhalten; ebenso ist das gegenseitige Verhältnis der entsprechenden drei Unter-Verfassungen eine rechts- und staatswissenschaftliche Frage für sich. In der Bezeichnung „Staat- und Volktragende Partei" kommt aber schon zum Ausdruck, daß die *politische Führung* sich auf diese Ordnungsreihe stützen muß, und daher die beiden anderen Ordnungen von dieser zweiten, in unserem Grundriß mittleren Organisation überragt und von ihr aus maßgebend durchdrungen, geführt und gestaltet werden. Die politisch führende Partei trägt als Organisation der „Bewegung" sowohl den Staats-„apparat", wie die Sozial- und Wirtschaftsordnung, wie das Ganze der politischen Einheit. Daraus ergibt sich die zentrale Bedeutung des bereits mehrfach erwähnten, unten noch näher zu entwickelnden, staatsrechtlichen Begriffs der politischen Führung.

Abstrakt und generell gesprochen kann das gegenseitige Verhältnis der drei Ordnungsreihen in verschiedenen politischen Einheiten und zu verschiedenen Zeiten sehr verschieden sein. Für den Hegelischen Beamtenstaat preußisch-deutscher Art – wie er etwa von 1815 bis 1848 unter einer bereits relativierten Monarchie, *nach* dem reinen Absolutismus und *vor* der verfassungsrechtlichen Anerkennung der bürgerlich-parlamentarischen Gesetzgebungskörperschaften, geschichtliche Wirklichkeit war – war es z. B. kennzeichnend, daß ein geistig und moralisch hochstehendes, unbestechliches Staatsbeamtentum gleichzeitig die Funktionen der staatstragenden Schicht ausübte, während in anderen Staaten das Beamtentum nur als ein bürokratisches Werkzeug der staatstragenden Mächte aufgefaßt wurde. Innerhalb der staatlichen Organisationsreihe kann sich dann wiederum z. B. die weitere Frage des Verhältnisses von ziviler und militärischer Staatlichkeit, von Regierungs- und Kommandogewalt erheben. Auch bilden sich für die gegenseitige Beeinflussung, Führung oder Herrschaft mannigfache Methoden heraus, die bald öffentlich und sichtbar, bald intern und unsichtbar, bald auf Grund im voraus bestimmter Normierungen, bald frei nach Lage der Sache und der Zweckmäßigkeit gehandhabt werden und sich zu verschiedenartigen Einrichtungen entwickeln. Dieses weitere Problem zu verfolgen, wäre die Aufgabe einer konkreten

„Staatslehre" des 20. Jahrhunderts. Ich sage nicht: einer „Allgemeinen Staatslehre"; denn die Kategorie der „Allgemeinen" Staatslehre ist, wie Paul Ritterbusch erkannt hat, eine typische Angelegenheit des liberalen 19. Jahrhunderts; sie entspringt dem normativistischen Bestreben, den konkreten Staat und das konkrete Volk in „Allgemeinheiten" (allgemeine Bildung, allgemeine Rechtslehre, schließlich allgemeine Erkenntnislehre) aufzulösen und dadurch ihr politisches Wesen zu zerstören.

2. Immer wieder muß daran erinnert werden, daß sowohl der Begriff des „Staates" wie auch der des „Volkes" durch diese Dreifachheit geändert wird und daß die überlieferte, aus der geschichtlichen Lage des 19. Jahrhunderts entstandene Vorstellungsweise die neue Wirklichkeit nicht mehr erfassen kann. Der Staat im Sinn des staatlichen Beamten- und Behördentums verliert *das Monopol des Politischen*, das er sich im 17. und 18. Jahrhundert geschaffen hatte. Er wird als ein bloßer Teil der politischen Einheit, und zwar als ein auf die *staatstragende* Organisation angewiesener Teil erkannt. Das staatliche Behörden- und Ämterwesen für sich allein ist also nicht mehr mit dem politischen Ganzen und nicht mehr mit einer in sich selbst ruhenden „Obrigkeit" identisch. *Heute kann das Politische nicht mehr vom Staate her, sondern muß der Staat vom Politischen her bestimmt werden*. Infolgedessen rückt aber auch die seit dem 19. Jahrhundert für diesen „Staat" herausgebildete staatliche *Verfassung* und die aus ihr abgeleitete *Legalität* aus dem Zentrum des Gemeinwesens an eine andere Stelle des politischen Lebens. Je mehr die Legalität sich formalisiert und mechanisiert, um so offenkundiger tritt sie in einen Gegensatz zum inhaltlich guten Recht; sie erhält die ihr zukommende relative, weil instrumentale, sekundäre Bedeutung; sie wird zum *Funktionsmodus des staatlichen Behördenapparates*. Ebensowenig wie der Staatsapparat mit der politischen Einheit des Volkes, ist diese Legalität mit dem Recht des Volkes identisch. Zum Recht im substantiellen Sinne gehört als Erstes Sicherstellung der politischen Einheit; nur auf der Grundlage der unbestrittenen, und in diesem Sinne positiven, politischen Entscheidungen kann sich dann in allen Gebieten des öffentlichen Lebens Recht in freiem und autonomen Wachstum entfalten.

Die Staats- und Rechtstheorie der vorletzten und der letzten Juristen-Generation hat diesen Gegensatz von Recht und staatlicher Legalität – der dem Mißverhältnis von politischer Einheit des Volkes und staatlichem Behördenapparat durchaus entsprach – empfunden und dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie einerseits daran festhielt, daß unter „Gesetz" jede „Rechtsnorm" verstanden wurde, andererseits aber gleichzeitig das Recht zum Gesetz, das Gesetz wiederum zum Mehrheitsbeschluß der gesetzgebenden Körperschaft, also des Parlaments, formalisierte und mechanisierte. Hier ist nicht so sehr die bekannte Unterscheidung von Volksrecht und Juristenrecht gemeint, sondern die begrifflich-abstrakte Zuspitzung des Gegensatzes in der

„allgemeinen" Rechts- und Staatstheorie. Eine wegen ihrer inneren Folgerichtigkeit interessante Lehre betrachtete nur den Beamten, d. h. die gesetzanwendende Justiz und Verwaltung, nicht den „Bürger" als den eigentlichen Adressaten der Gesetzesnorm; sie konnte daher schließlich das Recht überhaupt nur noch als „Inbegriff der Regeln staatlichen Handelns" betrachten. Es heißt an einer Stelle, die für diese konsequent liberal-rechtsstaatliche Denkweise (und zugleich für ihr Verhältnis zur deutschen Sprache) besonders charakteristisch ist: „Auch die Rechtspflichten der Untertanen statuierenden, Strafe und Exekution normierenden Rechtssätze (im engeren Sinne) haben mit Beziehung auf die durch die Staatsorgane zu realisierende, vollziehende, exekutive Tätigkeit des Strafens und Exequierens die staatliche Verwaltung zum Inhalte" (Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 252). Alles Recht wird dadurch in einem besonderen Sinne „Staatsrecht", und umgekehrt alle Staatstätigkeit „Recht", d. h. Normenvollzug des an Normen gebundenen staatlichen Behördenapparates. Das hat mit Recht oder Gerechtigkeit im sachlich substanzhaften Sinne nichts mehr zu tun, ist aber für das politische System der liberalen Entpolitisierungen typisch. Der liberale Normativismus täuscht hier eine „Herrschaft der Rechtsnorm" vor, die in Wahrheit nur die Herrschaft eines von politisch unverantwortlichen nichtstaatlichen Mächten beherrschten Legalitätssystems über den Behördenapparat ist. Diese positivistische und „funktionalistische", jede Rechtssubstanz verneinende Denkweise kennt das „Recht" nur noch als berechenbare Bindung des staatlichen Zwangsapparates, d. h. als Funktionsmodus zuständiger Behörden und Instanzen. Daneben bestand aber, wie gesagt, in der Rechtspraxis der sog. materielle Gesetzesbegriff weiter; das Gesetz war „Rechtsnorm", und jede Rechtsnorm, auch des Gewohnheitsrechts, war „Gesetz"; sie richtete sich (zum Unterschied von der bloßen Verwaltungsverordnung) nicht nur an den (einem speziellen Gewaltverhältnis unterworfenen) „Beamten", sondern auch an den (nur der „allgemeinen" Staatsgewalt unterworfenen) „Bürger". Es gab also damals in Wahrheit zwei verschiedenartige, zusammenhanglose Vorstellungen von Recht und Gesetz, zwei Normenadressaten, zwei Gesetzesbegriffe und daher auch zwei einander aufhebende Arten von Recht.

Im dreigliedrigen Aufbau der politischen Einheit erhalten die Begriffe „Staat" und „Volk" eine andere Stelle und einen ganz anderen Sinn als in dem (unter III. zu schildernden) zweigliedrigen System der liberalen Demokratie. Die zweigliedrige Denkweise arbeitet auch hier mit antithetischen Zerreißungen, wie Staat gegen Volk und Volk gegen Staat, Regierung gegen Volk und Volk gegen Regierung. Im nationalsozialistischen Staat hat der Staat- und Volktragende politische Führungskörper die Aufgabe, alle derartigen Antithesen zu verhindern und zu überwinden. Das Volk ist deshalb nicht mehr bloß eine Summe stimmberechtigter Nicht-Regierer. Der staatliche Beamte steht nicht mehr, wie im monarchischen Verfassungsstaat, in einem

Gegensatz zu dem sich „frei“ nennenden Bürger, dessen Freiheit wesentlich Unstaatlichkeit und ein polemischer gegen den „unfreien“ Soldaten und Berufsbeamten gerichteter liberaler Kampfbegriff war. Das staatliche Beamtentum ist aber auch nicht mehr, wie im pluralistischen Parteiensystem von 1919–1932, gezwungen, sich als Interessentengruppe zu organisieren und sich, statt auf die Idee und die Institution des deutschen Beamtentums, auf individualistisch konstruierte „wohlerworbene Rechte“ des einzelnen Beamten zu berufen. Der Beamte ist jetzt Volksgenosse in einer auf Artgleichheit beruhenden politischen Einheit, er ist als Parteigenosse ein Glied der Staat- und Volktragenden Organisation, und diese ist an entscheidenden Umschaltestellen des staatlichen Behördenorganismus mit politischen Führern aus der Staat- und Volktragenden Bewegung besetzt.

In entsprechender Weise wird auch die Sphäre der volkstümlichen und der berufsständischen Selbstverwaltung von der Bewegung durchdrungen, freilich so, daß zum Unterschied von dem nur durch seinen statischen Charakter relativ entpolitisierten Organismus des Beamten- und Behördentums hier eine in weit höherem Grade entpolitisierte Sphäre autonomer Gebilde anerkannt ist. Diese „Entpolitisierung“ hat aber nichts mit dem früheren politischen Mißbrauch der angeblich „unpolitischen“ Selbstverwaltungsangelegenheiten zu tun, sondern beruht ganz auf der *politischen Entscheidung* der anerkannten politischen Führung. Es ist eine grundlegende Erkenntnis der politisch gegenwärtigen deutschen Generation, daß *gerade die Entscheidung darüber, ob eine Angelegenheit oder ein Sachgebiet unpolitisch ist, in spezifischer Weise eine politische Entscheidung darstellt*. Sowohl die „Objektivität“ des Beamtentums, insbesondere die „Unabhängigkeit“ der Richter, wie der unpolitische Charakter der volkstümlichen Selbstverwaltungssphäre sind mit allen Vorteilen und Sicherheiten des Unpolitischen nur dadurch möglich, daß beide sich der politischen Führung und den politischen Entscheidungen der Staat- und Volktragenden Bewegung unterwerfen. Diese ist demnach im spezifischen Sinne das *politische* Element des Gemeinwesens, als der dynamische Motor gegenüber dem statischen Element des auf Normierungen und den darin liegenden politischen Entscheidungen angewiesenen Behördenapparates, wie auch als der politische Garant der entpolitisierten, kommunalen oder berufsständischen Selbstverwaltung[4].

3. Aus der neuen Gesamtstruktur ergibt sich die neue Regelung der Beziehungen zwischen *Reich und Ländern*. Das Reichsstatthaltergesetz vom

---

[4] Die Frage, in welche Reihe dieses dreigliedrigen Aufbaues die *Kirchen* gehören, bleibt hier beiseite. Solange die Kirche keinen politischen Totalitätsanspruch erhebt, kann sie in der dritten, d.h. der autonomen Selbstverwaltungssphäre ihre Stelle finden; erhebt sie aber den politischen Totalitätsanspruch, so bedeutet das, daß sie von sich aus Staat, Bewegung und Volk deren Platz anzuweisen beansprucht und Freund und Feind des Volkes *von sich aus* unterscheiden will.

7. April 1933 hat den Vorrang der politischen Führung des Reiches gegenüber den Ländern gesichert und die Länder der politischen Führung von Unterführern des Reichsführers unterstellt. Sowohl der überlieferte monarchisch-dynastische Bundesstaatsbegriff des 19. Jahrhunderts, wie auch der in der inneren Schwäche und Korruption des Weimarer Systems entstandene pluralistische Parteienbundesstaat sind dadurch überwunden. Man kann in einer kurz zusammenfassenden, staatsrechtlichen Formel sagen, daß *die Verknüpfung des Bundes-Gedankens mit dem Staats-Gedanken* – sei es in der Gestalt des Staatenbundes, sei es des Bundesstaates – ein *Jahrhundert lang die eigentliche Gefahr der politischen Einheit Deutschlands war*. Denn in jeder bündischen Organisation ist eine Garantie des territorialen und politischen *status quo* vorausgesetzt; sie muß sowohl in einem Staatenbund wie in einem Bundesstaat gerade dem *staatlichen* Charakter des *einzelnen* Gliedstaates als einer politischen Einheit zugutekommen und dadurch die staatliche Einheit des *ganzen* deutschen Volkes relativieren. Deshalb fällt es nicht nur in einem Staatenbund, sondern auch in einem bundesstaatlich aufgebauten Gebilde irgendeiner advokatorischen Geschicklichkeit nicht schwer, im Konfliktsfall unter Berufung auf die „bündische Grundlage“ oder auf „Wesen und Begriff“ des Bundesstaats ein „Recht auf eigene Politik“ zu konstruieren. Die Schriftsätze und Plädoyers des Leipziger Prozesses der preußischen und bayerischen Regierungen Braun-Severing-Hirtsiefer und Held und das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932 enthalten schöne Beispiele und Belege für solche „ewigen Verklausulierungen des Föderalismus“[5]. Erst auf dem Hintergrund dieser vor-nationalsozialistischen Gedankenwelt des Parteienbundesstaates erscheint die Leistung des Reichsstatthaltergesetzes, das heute in dem schnellen Entwicklungsprozeß der deutschen Einheit vielleicht schon überholt erscheinen könnte, in ihrer eigentlichen Bedeutung.

Es war bereits nach diesem Gesetz nicht mehr möglich, die Länder als Staaten zu bezeichnen, es sei denn, daß man den Begriff „Staat“ wieder einmal, wie vorher schon nach 1871, wesentlich verändert. Man könnte vielleicht versuchen, dem Begriff des Staates, dem man nach 1871 das Merkmal der Souveränität entzogen hatte, um die Länder als Staaten zu retten, nunmehr das Merkmal des „Politischen“ zu entziehen und die Länder-Staaten gänzlich zu „entpolitisieren“. An sich wäre es bei der Wandelbarkeit der Worte und Begriffe nicht undenkbar, Länder oder Provinzen als „Staaten“ zu bezeichnen, wie ja auch die politische Einheit der „Vereinigten Staaten von Amerika“ aus „Staaten“ besteht. Der Ausdruck „Staat“ würde dann nur eine besonders selbständige Gliederung und Dezentralisation innerhalb einer politischen Einheit zum Ausdruck bringen. Doch ist es heute wichtiger, außer jeden

[5] So Reichsjustizkommissar Staatsminister Dr. Frank auf dem Reichsparteitag 1933 (Jur. Wochenschrift 1933, S. 2091).

Zweifel zu stellen, daß die territorialen Gliederungen innerhalb des Reiches unbedingt und vorbehaltlos der politischen Führung des Reiches unterworfen sind und daß sie unter keinerlei Tarnung, vor allem nicht unter dem bisher höchst gefährlichen Vorwand des „unpolitischen Charakters" einer Angelegenheit, ein „Recht auf eigene Politik" beanspruchen können. Für unsere gegenwärtigen deutschen Begriffe ist die Vorstellung eines „entpolitisierten Staates" doch wohl ebenso unmöglich, wie die einer „entmilitarisierten Armee". Die deutschen Länder haben zwar Befugnisse, die zur „Staatsgewalt" gehören; sie *haben* also Staatsgewalt; sie *sind* aber auf keinen Fall Staaten. Deutscher Staat ist nur das Deutsche Reich. Das Reich ist ein in sich gegliedertes, aus weitgehend selbständigen Ländern oder Provinzen zusammengesetztes Gebilde, aber kein „Bundesstaat". Dieser unheilvolle Begriff des 19. Jahrhunderts, der Bund und Staat begrifflich verklammert und dadurch das Reich zu einem Nicht-Staat macht, muß aus dem innerdeutschen Recht verschwinden. Ob man das Wort „Föderalismus" beibehält, ist eine rein praktische Frage der Terminologie. Solange die Gefahr besteht, daß auf Grund der überlieferten Denkgewohnheiten des 19. Jahrhunderts föderalistisch und bundesstaatlich gleichgesetzt wird, dürfte es richtiger sein, auch dieses viel mißbrauchte Wort zu vermeiden. Vergessen wir nicht, was in Adolf Hitlers Buch „Mein Kampf" über den „Föderalismus als Maske" gesagt ist.

Die Entwicklung, die mit dem Reichsstatthaltergesetz vom 7. April 1933 begonnen hat, ist noch nicht abgeschlossen. Die Erklärungen des Führers auf dem diesjährigen Parteitag in Nürnberg sind bekannt. Die politische Einheit des deutschen Volkes beruht nicht auf den Ländern oder den deutschen Stämmen, sondern auf der in sich geschlossenen Einheit des deutschen Volkes und der Staat- und Volktragenden Nationalsozialistischen Bewegung. Irgendeine verfassungsrechtliche Garantie des Gebietsbestandes oder der Existenz der heutigen Länder gibt es nicht mehr. Sie kann auch nicht etwa auf dem Umwege über den in dem vorläufigen Verfassungsgesetz vom 24. März 1933 enthaltenen Vorbehalt der Institution des Reichsrates mittelbar erschlossen werden.

Die jetzigen, wie auch die etwa neu zu bildenden deutschen Länder oder Provinzen sind Gebilde eigener Art und eines durchaus selbständigen Typus. Sie sind weder Staaten noch kommunale Selbstverwaltungskörper. Den Begriff der kommunalen Selbstverwaltung möchte ich, da es sich um Gebietskörperschaften handelt, besonders *streng auf die örtlich nachbarschaftliche Selbstverwaltung* (Land- und Stadtgemeinde, Amt und Landkreis) beschränken, und die Selbstverwaltung im übrigen auf berufsständische und ähnliche Organisationen beziehen, deren Platz im Gesamtgefüge des nationalsozialistischen Staates in der Reihe „Volk" näher zu bestimmen ist.

4. Eine völlig neue Fragenreihe betrifft die rechtlichen Beziehungen von *Staat und Bewegung*. Trotz mancher einzelner Ähnlichkeiten des nationalso-

zialistischen Staates mit dem faschistischen italienischen Staat zeigen sich doch gerade hier große Verschiedenheiten hinsichtlich des Verhältnisses von Partei und Beamtentum, Partei und Heer, Partei und Staatshaupt. Die faschistische Partei ist seit dem Gesetz vom 14. Dezember 1929 zwar ein „Organ des Staates" (*un organo dello Stato*), aber kein unmittelbar staatliches oder Staatsorgan; ein solches (*organo Statale*) ist nur ein bestimmtes Parteiorgan, der faschistische Großrat (*il Gran Consiglio del Fascismo*; vgl. *Santi Romano, Corso di Diritto Costituzionale*, 4. Aufl. 1933, S. 127). Die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei ist als Trägerin des Staatsgedankens ebenfalls unlöslich mit dem Staat verbunden. Aber weder die Parteiorganisation im Ganzen, noch eine bestimmte Parteiinstanz hat heute (1. Dezember 1933) als solche den Charakter eines unmittelbaren „Staatsorgans". Daß die Nationalsozialistische Partei in keiner Hinsicht „Partei" im Sinne des überwundenen pluralistischen Parteiensystems ist, versteht sich von selbst. Sie ist der staat- und volktragende Führungskörper. Das Gesetz gegen Neubildungen von Parteien vom 14. Juli 1933 sichert ihr diese alleinige und ausschließliche Vorzugsstellung gegenüber allen Versuchen, den früheren konfessionellen, klassenmäßigen oder sonstigen Pluralismus wiederzubeleben. Nach dem Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933 (RGBl. I S. 1016) ist die Partei eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, und zwar natürlich in anderem und höherem Grade, als irgendeine der vielen, unter Staatsaufsicht stehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts. Der Stellvertreter des Führers und der Chef des Stabes der SA werden Mitglieder der Reichsregierung, um die engste Zusammenarbeit der Dienststellen der Partei und der SA mit den öffentlichen Behörden zu gewährleisten. Die Mitglieder der Partei und der SA unterstehen hinsichtlich ihrer besonderen, erhöhten Pflichten einer besonderen Partei- und SA-Gerichtsbarkeit. Die Verbindung mit dem Staat beruht hauptsächlich auf *Personal-Unionen*, welche die Spitzen der verschiedenen Organisationsreihen miteinander verbinden, aber nicht in beliebiger, zufälliger Weise, sondern auf der realen Grundlage des Gesamtgefüges der politischen Einheit. Diese Personal-Unionen tragen vielmehr zum Teil bereits institutionellen Charakter: der Führer der Nationalsozialistischen Bewegung ist deutscher Reichskanzler; seine Paladine und Unterführer stehen in anderen politisch führenden Stellungen als Reichsminister, Preußischer Ministerpräsident, Reichsstatthalter, als Preußische, Bayerische und andere Minister usw. Außer diesen Personal-Unionen können bestimmte Einflußmöglichkeiten insbesondere personaler Art (Vorschlags-, Nominierungs-, Präsentierungsrechte regionaler oder lokaler Parteistellen) typische Mittel des Kontaktes von Staat und Partei sein. Alle weiteren Verbindungen und Abgrenzungen – auch grundsätzliche *Vereinbarkeiten* von Parteistellen mit staatlichen und Selbstverwaltungsstellen oder umgekehrt grundsätzliche *Unvereinbarkeiten* (Inkompatibilitäten) – sind eine Frage der

Zweckmäßigkeit. Die organisatorischen Grundlinien aber sind mit dem Dreiklang Staat, Bewegung, Volk gegeben und gehen folgerichtig dahin, daß Staat, Bewegung, Volk *unterschieden*, aber *nicht getrennt, verbunden*, aber *nicht verschmolzen* sind.

Die Verbindung von Staat und Partei läßt sich nicht mit den bisherigen Begriffen von Staat und Nicht-Staat, Partei und Nicht-Partei erfassen. Alle auf solchen Alternativen aufgebauten (dem liberalen Ideal einer in fortwährenden Rechtsstreitigkeiten sich abspielenden Wahrheitsfeststellung entsprechenden) *Einmischungen der Gerichte* in die Angelegenheiten von Staat und Partei widersprechen der dreigliedrigen Staatskonstruktion. Es wird notwendig sein, die saubere Abgrenzung der verschiedenen Sphären durch bewährte Einrichtungen, wie die der sog. *Konfliktserhebung* zu sichern und die Gerichte im Interesse ihrer Unabhängigkeit vor den Gefahren der politischen Sphäre zu bewahren. Denn es liegt nahe, daß offene und versteckte Feinde des neuen Staates sich des alten politischen Mittels bedienen, eine Frage als „reine Rechtsfrage" hinzustellen, um den Staat oder die Bewegung vor Gericht zu ziehen, und daß sie – vermittels der in der Logik eines Prozeßverfahrens enthaltenen Gleichordnung der Parteien – auf diese Weise sich selbst als dem Staat und der Bewegung gleichberechtigt aufspielen. Ein Nachprüfungsrecht, wie es die Gerichte sich gegenüber Reichsgesetzen zugesprochen haben (Entscheidung des Reichsgerichts V. Zivilsenat vom 4. November 1925, RGZ. Bd. 111, S. 320 f.) kommt gegenüber den Regierungsgesetzen der Reichsregierung nicht in Betracht. Denn erstens hat diese Gesetzgebungsbefugnis der Reichsregierung verfassungsgesetzlichen Charakter; zweitens handelt es sich bei diesen Regierungsgesetzen gleichzeitig um Akte einer Regierung, die durch das Gesetzgebungsrecht den echten Begriff von „Regierung" wieder hergestellt hat; und drittens läßt sich eine solche Einmischung der Gerichte nur durch die (unter III. näher zu behandelnde) zweigliedrige Auffassung von Staat und Nicht-Staat rechtfertigen, während sie mit der neuen, dreigliedrigen Gesamtstruktur der politischen Einheit ganz unvereinbar ist.

Es wäre also irreführend und gefährlich, hier die alten Trennungen von Recht und Politik weiter zu benutzen und alternative Fragen wie staatlich oder nichtstaatlich, öffentlich oder privat, rechtlich oder politisch zu stellen. Wir stehen hier vor einem völlig neuen staatsrechtlichen Problem. Die Nationalsozialistische Partei ist weder Staat im Sinne des alten Staates, noch ist sie nichtstaatlich-privat im Sinne der alten Gegenüberstellung von staatlicher und staatsfreier Sphäre. Daher können auch die Gesichtspunkte der Haftung, insbesondere die der Körperschaftshaftung für Amtsmißbrauch (Art. 131 der Weimarer Verfassung, § 839 BGB.) nicht auf die Partei oder die SA übertragen werden. Ebensowenig dürfen sich die Gerichte unter irgendeinem Vorwand in innere Fragen und Entscheidungen der Parteiorganisation einmischen

und deren Führerprinzip von außen her durchbrechen. Die innere Organisation und Disziplin der Staat- und Volktragenden Partei ist ihre eigene Angelegenheit. Sie muß in strengster Selbstverantwortung ihre eigenen Maßstäbe aus sich selbst entwickeln. Die Parteistellen, denen diese Aufgabe obliegt, haben eine Funktion wahrzunehmen, an der nicht weniger als das Schicksal der Partei und damit auch das Schicksal der politischen Einheit des deutschen Volkes hängt. Diese gewaltige Aufgabe, in der sich auch die ganze *Gefahr* des Politischen anhäuft, kann keine andere Stelle, am wenigsten ein justizförmig prozedierendes bürgerliches Gericht, der Partei oder der SA abnehmen. Hier steht sie ganz auf sich selbst.

III. Die zweiteilige Staatskonstruktion der Liberaldemokratie und der deutsche Beamtenstaat

1. Der neue, dreiteilige Staatsaufbau des 20. Jahrhunderts hat das zweiteilige liberaldemokratische Staats- und Verfassungsschema des 19. Jahrhunderts längst überholt. Bis in die Einzelheiten seiner Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Justizorganisation, ja bis in die letzten Verzweigungen der scheinbar ganz abstrakten Theorien und Begriffsbildungen hinein ist der bürgerliche Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts von dieser Zweiteiligkeit beherrscht. Das äußert sich „ideologisch“ (ein typisches und spezifisches Wort des liberalen 19. Jahrhunderts) in den bekannten und beliebten auswechselbaren und austauschbaren, bald „oszillierenden“, bald alternativen Entgegensetzungen von Recht und Macht, Recht und Staat, Recht und Politik, Geist und Macht, Geist und Staat, Individuum und Gemeinschaft, Staat und Gesellschaft usw. usw. Doch hat die Zweiteiligkeit auch eine sehr konkrete, konstruktive und organisatorische Bedeutung. Sie hat sich, um einen prägnanten Ausdruck des Reichsjustizkommissars Dr. Frank (Jur. Woch. 1933, S. 2091) zu übernehmen, eine eigene, ihrem Geist gemäße „Sachgestaltung“ geschaffen. Die Weiterwirkungen sowohl der liberalen „Ideologie“ wie der zweiteiligen Staatskonstruktion beherrschen das Rechtsdenken wie die Sprechweise der im liberalen System erzogenen Juristen bis auf den heutigen Tag. Nur den zweigliedrig konstruierten Staat nennt der Liberale einen „Rechtsstaat“; ein anders konstruierter Staat „hat keine Verfassung“, ist kein „Verfassungsstaat“ und natürlich auch kein „Rechtsstaat“, ist nicht „frei“, sondern eine „Autokratie“, „Diktatur“, „Despotie“ usw. Das Vokabularium dieses politischen Kampfes ist hier sehr reichhaltig, aber in der Sache – nämlich der politischen Verwertung eines bestimmten Begriffs von „Recht“ und „Rechtsstaat“ – immer gleich. Daher ist es notwendig, sich nicht nur des weltanschaulichen Gegensatzes, sondern auch der darauf aufgebauten Staatskonstruktion und ihres institutionellen und begrifflichen Ausbaues bewußt zu werden. Sonst drängt das liberale Denken die Bewegung erst in den Staat und dann den

Staat, auf dem Weg über den „Rechtsstaat“, in ein dem Staat entgegengesetztes „Recht“, d. h. in das liberale System des 19. Jahrhunderts.

Die Zweigliedrigkeit beruht auf dem Gegensatz von *Staat* und freier *Einzelperson*, von staatlicher *Macht* und individueller *Freiheit*, von *Staat* und staatsfreier *Gesellschaft*, von *Politik* und unpolitischer, daher unverantwortlicher und unkontrollierter *Privatsphäre*. Aus dieser Zweiteiligkeit erklärt sich das typisch zweiteilige Verfassungsschema des bürgerlichen Rechtsstaates, dessen Verfassung bekanntlich aus einem Grundrechtsteil, nämlich Grund- und Freiheitsrechten der aus freien Individuen bestehenden, freien, d. h. nicht-staatlichen und nicht „verfaßten“ Gesellschaft, und einem organisatorischen, d. h. den Staat bindenden und verfassenden Normierungsteil bestand. Der liberale Grundrechtsteil ist keine Verfassung im organisatorischen Sinne; er bezeichnet im Gegenteil eine nicht-verfaßte, sich selbst organisierende Sphäre der *Freiheit*; dagegen ist der organisatorische Teil der staatlichen Verfassung die *Staats*verfassung, d. h. Bindung, Begrenzung und Einschränkung der politischen Macht des Staates. Der sog. „Vorrang des Gesetzes“ vor allen anderen staatlichen Betätigungsarten bezweckt die politische Unterwerfung des Staates unter die angeblich unpolitische Gesellschaft; denn das Gesetz ist in diesem Ordnungssystem wesentlich Parlamentsbeschluß, das Parlament aber Vertretung der nichtstaatlichen Gesellschaft gegenüber dem Staat. Der allgemein anerkannte organisatorische Grundsatz der sog. Gewaltenunterscheidung mit seiner Dreiteilung von Legislative, Exekutive und Justiz, hatte den gleichen politischen Sinn, nämlich die staatliche Macht so zu teilen, daß die nicht-staatliche Gesellschaft die staatliche „Exekutive“, d. h. die Wirklichkeit des staatlichen Befehls, beherrschen und wirksam „kontrollieren“ konnte. Alles war darauf angelegt, die politische Macht des Staates zu regulieren und zu kontrollieren und die Freiheitssphäre der Gesellschaft vor „Eingriffen“ des Staates zu schützen. Eine vom Staat unabhängige Justiz sollte dem Schutz gegen den Staat rechts- und prozeßförmige Sicherungen verleihen. Die Justiz hatte in diesem Verfassungssystem organisatorisch eine interessante *Zwischenstellung* zwischen dem staatlichen Befehlsmechanismus und der staatsfreien Gesellschaftssphäre, in dem sie einerseits staatliches Beamtentum, andrerseits von dienstlichen Anweisungen der staatlichen Vorgesetzten unabhängig war; sie war deshalb ein geeignetes Instrument, um von ihr aus diesen Staat im Namen des „Rechts“ politisch zu beeinflussen und in der Hand zu behalten.

Die Grund- und Freiheitsrechte des liberal-demokratischen Staats- und Verfassungssystems sind ihrem Sinne nach wesentlich Rechte der privaten *Einzelperson*. Einzig und allein aus diesem Grunde können sie als „unpolitisch“ gelten. Sie sind deshalb auch kein staatliches Konstruktionsprinzip, keine Verfassung, sondern nur die staatliche Verfassung beherrschende Grundsätze, die dem Staat seinen Sinn und Zweck, seine Rechtfertigung und

seine Grenze geben sollen. *Die liberale Staats- und Verfassungskonstruktion rechnet also mit einer einfachen und unmittelbaren Gegenüberstellung von Staat und privatem Einzelnen.* Nur von dieser Gegenüberstellung aus ist es ein natürliches und sinnvolles Bestreben, ein ganzes Gebäude von Rechtsschutzmitteln und -einrichtungen aufzubauen, um die hilf- und schutzlose, arme, isolierte Einzelperson vor dem mächtigen Leviathan „Staat" zu schützen. Nur zur Sicherung des armen Individuums haben die meisten Rechtsschutzeinrichtungen des sog. Rechtsstaates einen Sinn und läßt es sich rechtfertigen, daß der Schutz gegen den Staat immer justizförmiger wird und immer mehr in der Entscheidung einer vom Staat unabhängigen richterlichen Instanz endet.

Alles das wird aber ganz sinnwidrig, sobald starke *kollektive Verbände oder Organisationen* die nichtstaatlich-unpolitische Freiheitssphäre besetzen und diese nichtstaatlichen (aber keineswegs unpolitischen) „Selbstorganisationen" immer fester und stärker einerseits die Einzelpersonen zusammenfassen, anderseits dem Staat unter verschiedenen Rechtstiteln (als Volk, als Gesellschaft, als freies Bürgertum, als produzierendes Proletariat, als öffentliche Meinung usw.) gegenübertreten. Hinter dem Schutzwall zur Sicherung der individuellen Freiheit schutzbedürftiger unpolitischer Einzelpersonen nehmen dann politische Mächte verschiedenster Art Deckung. Nichtstaatliche, aber wie gesagt, durchaus politische Verbände beherrschen dann sowohl (auf dem Wege über die Gesetzgebung) den staatlichen Willen wie auch (durch gesellschaftlichen und „rein privatrechtlichen" Zwang) das einzelne Individuum, das sie mediatisieren. Sie werden die eigentlichen und wirklichen Träger der politischen Entscheidungen und die Handhaber der staatlichen Machtmittel, aber sie herrschen aus der staats- und verfassungsfreien, nicht-„öffentlichen" Individualsphäre heraus und entgehen dadurch jeder politischen Verantwortung und Gefahr. In der staatlichen Verfassung des liberal-demokratischen Rechtsstaates können sie rechtlich überhaupt niemals als *das* erscheinen, was sie in der politischen und sozialen Wirklichkeit sind, weil das liberale zweiteilige Schema für sie keinen Platz hat. Jeder Versuch, sie einzufügen, sprengt den liberal-demokratischen Staat und sein System. Gelingt es demnach solchen Verbänden, auf dem Wege über die von ihnen beherrschten politischen Parteien sich der staatlichen Machtpositionen und Machtmittel zu bemächtigen – und das ist die typische Entwicklung –, so nehmen sie *ihre* Interessen im Namen der staatlichen Autorität und des Gesetzes wahr; sie genießen alle Vorteile der staatlichen Macht, ohne die Vorteile der politisch unverantwortlichen und unkontrollierten, weil angeblich unpolitischen Freiheitssphäre aufzugeben.

Hinter dem Schleier der liberal-demokratischen Freiheit und des bürgerlichen Rechtsstaates konnte auf solche Weise das pluralistische System eines Vielparteienstaates entstehen, wie es für die 14 Jahre der Weimarer Verfas-

sung kennzeichnend gewesen ist. Eine Anzahl politischer Parteien verschiedenster Art, Gewerkschaften und wirtschaftliche Machtverbände, Kirchen und Religionsgesellschaften, feste, oft sogar in sich geschlossene Organisationen nationaler, konfessioneller oder sonstiger Art, einigen sich unter der Hand über die Ausübung der staatlichen Macht und über die Verteilung des Volkseinkommens. Wie man von der idealen Demokratie sagen konnte, sie beruhe auf einer „täglichen Volksabstimmung“, so läßt sich von einem solchen pluralistischen System sagen, daß es sich nur im „täglichen Kompromiß“ heterogener Mächte und Verbände integriert und nur darin existiert, wobei dieser Kompromiß, wie ein Nationalsozialist (Karl Fiehler, Nationalsozialistische Gemeindepolitik, München 1932, S. 12) einmal treffend gesagt hat, „immer eine Bindung des Besseren an das Schlechtere“ ist. Das Verfassungsrecht eines solchen Systems muß mit innerer Logik zu einer rein instrumentalen, technischen Waffe werden, die jeder gegen jeden, auch der Volksfremde und der Staatsfeind gegen den Volksgenossen handhabt, so daß alle Mitspieler dieses Systems zu einem zwangsläufigen Mißbrauch aller legalen Möglichkeiten gezwungen sind. Gruppen oder Verbände, die in der Minderheit bleiben, und denen es nicht gelingt, sich in eine Koalitionsmehrheit oder in ein Kompromißgeschäft einzuschalten, müssen notgedrungen ihre noch so unliberalen oder antiliberalen Ziele und Grundsätze mit liberal-demokratischen Argumenten und Methoden gegen den Staat verteidigen. Alle Begriffe und Einrichtungen eines solchen Systems müssen falsch und sinnwidrig werden. Im Jahre 1932 habe ich festgestellt, daß die Macht der Regierungen der Weimarer Koalition nicht auf ihrer Legalität, sondern auf der politischen Ausnützung der politischen Prämien des legalen Machtbesitzes beruhte. Alle politischen Faktoren, Mehrheits- wie Minderheitsverbände, Regierung wie Opposition, nationale und internationale, volkstreue und volksfeindliche Parteien, benutzten rücksichtslos alle legalen Möglichkeiten und alle von ihnen besetzten Machtpositionen eines solchen Staats- und Verfassungssystems, weil die Verfassung zu einem bloß funktionalistischen, neutralen Mittel und der Bestand der politischen Einheit des Volkes zu einem bloßen Abfallprodukt des „täglichen Kompromisses“ geworden war. Die auf dem Gegensatz von Staat und Individuum beruhende zweiteilige Struktur des folgerichtigen „Rechtsstaates“ ist und bleibt eben gegenüber der Wirklichkeit eines von politisch mächtigen, nichtstaatlichen oder überstaatlichen Organisationen beherrschten, politischen und sozialen Lebens gänzlich inadäquat und inkommensurabel. Sie vermag nur Legalität und Illegalität, im übrigen aber weder Recht und Unrecht, noch Freund und Feind zu unterscheiden.

Zwei Beispiele des Mißverhältnisses jeder liberal-demokratischen Verfassung zur Wirklichkeit des heutigen politischen und sozialen Lebens mögen diesen Zustand anschaulich machen.

a) Der innerlich widerspruchsvolle, sich selbst und den ersten, organisatorischen Teil aufhebende zweite Hauptteil (Grundrechtsteil) der Weimarer Verfassung. Die Weimarer Verfassung ist, dem liberaldemokratischen Schema entsprechend, zweiteilig konstruiert. Der zweite Teil enthält aber unter der Überschrift „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ nur zum kleinsten Teil liberale Freiheitsrechte der Einzelperson. Daneben möchte dieser Verfassungsteil der Wirklichkeit des heutigen sozialen Lebens gerecht werden. Infolgedessen gewährleisten und verankern zahlreiche andere Bestimmungen dieses „Grundrechtsteiles“ etwas einer liberaldemokratischen Verfassungskonstruktion durchaus Widersprechendes, wie öffentlich-rechtliche Einrichtungen und Ansprüche von Kirchen und Religionsgesellschaften (Art. 137 f.), die öffentlich-rechtliche Institution des Berufsbeamtentums (Art. 129), die gleichfalls öffentlich-rechtliche Institution der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 127). Auch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sind in diesem Verfassungsteil anerkannt (Art. 165), obwohl sie es bisher vorgezogen haben, privatrechtliche, sogar nicht-rechtsfähige Vereinigungen zu bleiben. Daß starke kollektive Verbände wie die Gewerkschaften in einer Staatsverfassung „anerkannt“ werden und dabei juristisch trotzdem rein privatrechtliche Vereine bleiben wollen und *können,* ist bezeichnend für die Verwirrung eines derartigen Staatswesens. Aber auch die übrigen öffentlich-rechtlichen Institutionen des sogenannten Grundrechtsteiles – Kirchen, Gemeinden und Berufsbeamtentum – konnten in einem solchen System keineswegs darauf verzichten, sich in weitestem Umfange gleichzeitig auf der einen Seite verschiedener politischer Parteien, auf der anderen privatrechtlicher Stützen und Hilfsorganisationen zu bedienen. An die Kirchen hatte sich nicht nur ein politisches Parteiwesen, sondern auch ein mächtiges privatrechtliches Vereinswesen mit zahlreichen teils eingegliederten, teils anerkannten, teils erlaubten, teils wenigstens geduldeten religiösen, kulturellen und geselligen Verbänden angegliedert oder angelehnt. Gemeinden und Gemeindeverbände wußten sich mit Hilfe von bürgerlich- und handelsrechtlichen juristischen Personen aller Art wirtschaftlich einzurichten und der staatlichen Aufsicht zu entziehen. Neben der öffentlich-rechtlichen Institution des Berufsbeamtentums entstanden große Beamtengewerkschaften privaten Rechts. Dieses pluralistische Staatswesen bestand schließlich nur noch aus Querverbindungen und grundsätzlicher Verbindung und Verquickung privater und öffentlicher Interessen und Funktionen. In einem solchen System kann man gleichzeitig Reichstagsabgeordneter, Reichsratsbevollmächtigter, hoher Staatsbeamter, hoher kirchlicher Würdenträger, Parteiführer, Aufsichtsratsmitglied verschiedenartiger Gesellschaften und viel anderes mehr sein; ja, dieses merkwürdige System funktioniert überhaupt nur mit Hilfe solcher Querverbindungen. So war alles mit allem vereinbar und Deutschland das „Reich der grenzenlosen Kompatibilitäten“. Hinter der Zweiteiligkeit des liberaldemokratischen Ver-

fassungsschemas wucherte ein anarchischer Pluralismus sozialer Mächte, in einem chaotischen Gemenge von Staatlich und Nichtstaatlich, Öffentlich und Privat, Politisch und fiktiv Unpolitisch.

b) Ein anderes anschauliches Beispiel der Unzulänglichkeit des zweiteiligen Verfassungsschemas bietet die Geschichte des Planes einer *Wirtschaftsverfassung*, die in Art. 165, am Schlusse des Grundrechtsteiles der Weimarer Verfassung angeblich sogar „verankert" war. Im liberal-demokratischen zweiteiligen System ist eine Wirtschaftsverfassung unmöglich. Sie wird entweder wirklich durchgeführt, dann hebt sie das ganze zweiteilige System aus den Angeln; oder sie ist ein praktisch bedeutungsloser Nebenbau mit Einrichtungen von der Art des durch die Verordnung vom 4. Mai 1920 eingeführten vorläufigen Reichswirtschaftsrates, der ohne nennenswerte praktische Bedeutung geblieben ist. Es war nicht einmal so sehr der bewußt böse Wille aller an dem pluralistischen System interessierten Parteien, als die folgerichtige innere Logik des Weimarer liberal-demokratischen Staates, daß die mehrfachen Versuche, einen endgültigen und wirklichen Reichswirtschaftsrat einzuführen, hilflos scheitern mußten. Eine Sozial- oder Wirtschaftsverfassung ist eben nur in einem dreigliedrig gefügten, modernen Staatswesen möglich.

2. Heute erkennen wir nicht nur die inneren Widersprüche eines solchen hinter der Legalität des liberal-demokratischen Verfassungssystems sich abspielenden pluralistischen Systems; wir empfinden darüber hinaus unser dreigliedriges Staatsgefüge im Vergleich zu der liberal-demokratischen Zweiteilung (von Staat und Gesellschaft, oder Staat und unpolitischer Freiheitssphäre) bereits als die selbstverständliche Voraussetzung politischer Ehrlichkeit und Sauberkeit. Die Zweiteilung erscheint uns nur noch als Verschleierung und Tarnung nichtstaatlicher, aber keineswegs unpolitischer, vielmehr überstaatlicher, oft auch staatsfeindlicher Kräfte und Mächte, die ihre Rolle als politisch entscheidende Größen unter dem Schutz der liberalen Freiheiten im Geheimen, anonym, unsichtbar und unverantwortlich spielen können.

Auch in den politischen Gebilden und Einrichtungen früherer Zeiten erkennen wir heute durch alle Verhüllungen von Freiheit und Gleichheit hindurch immer die eigentlich staatstragenden Größen und Organisationen. Denn die Vergangenheit erhält ihr Licht von der Gegenwart und aller erkennende Geist ist gegenwärtiger Geist. So sehen wir jetzt, daß in manchen Zeiten und in einigen Staaten z. B. die Kirche mit ihrem Klerus oder mit einem bestimmten Orden die Rolle der staatstragenden Organisation übernahm; in anderen Fällen konnte ein Geheimorden wie die Freimaurerei diese Funktion ausüben; in See- und Handelsstaaten ist die Gesamtordnung der politischen Einheit öfters von der Wirtschaft oder einem bestimmten Berufsstand her getragen worden. Zahlreiche Querverbindungen sind denkbar. Stets aber werden wir bei dem heutigen Stand unseres politischen Bewußtseins auf jene

dreigliedrige Struktur und die Frage nach der staatstragenden Organisation zurückkommen, während wir das liberal-demokratische Verfassungsschema von Staat und Individuum, Organisationsnorm und Freiheitsrechten nur noch als Fassade begreifen. Immer größer und gewaltiger erscheint dann sowohl die Tat wie die Aufgabe der Nationalsozialistischen Bewegung Deutschlands, die sich offen zu ihrer geschichtlichen Verantwortung bekennt und die Riesenleistung einer Staat- und Volktragenden Organisation in aller Öffentlichkeit auf sich nimmt.

Was insbesondere die Entwicklung des *deutschen* Staatsdenkens angeht, so liegt es auf der Hand, daß die geschichtlichen Eigenarten sowohl des deutschen Beamtentums und des Heeres wie der nationalsozialistischen Parteiorganisation, wie auch der Sozial- und Wirtschaftssphäre in Deutschland besonders groß und nicht vergleichbar sind. Auch hat die deutsche Staatstheorie, wie erwähnt, bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, also bis zum Siege der liberalen Denkweise und eines unwissenschaftlichen Positivismus, das zweiteilige Schema des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft nicht gekannt. Für Hegel z. B. (Rechtsphilosophie § 250 f.) bilden die „Korporationen" den Übergang der bürgerlichen Gesellschaft zum Staat; der Staat ist für ihn keineswegs bürokratischer Apparat auf der einen, freie bürgerliche Gesellschaft auf der anderen Seite. Noch Lorenz von Stein hebt 1865 in seiner Verwaltungslehre (I S. 266) neben der Regierungsgewalt als dem behördlichen Amtswesen die Selbstverwaltung der Landschaften, Gemeinden und Korporationen und das von ihm der öffentlich-rechtlichen Sphäre zugewiesene Vereinswesen als wesentlichen Teil des öffentlichen Lebens hervor. Dann allerdings gehen diese staatskonstruktiven Einsichten in „Genossenschaftstheorien" verloren, und seit etwa 1890 herrscht nur noch die Blindheit und Beziehungslosigkeit des sogenannten Positivismus. Die Arbeit eines Lorenz von Stein konnte ein artfremder Staatsrechtslehrer als „verwirrende Geistreichigkeit" abtun. Aber hinter den Fassaden des zweigliedrig konstruierten liberalen Verfassungsstaates und der dazu gehörigen positivistischen Staatsrechtslehre ist der deutsche Staat auch im liberalen 19. Jahrhundert ein Militär- und Beamtenstaat und damit ein Verwaltungsstaat geblieben. In dieser geschichtlichen Tatsache liegt der letzte und eigentliche Sinn des bekannten Satzes von Otto Mayer: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht." Dieses Wort bringt die Überlegenheit des die Exekutive tragenden monarchischen Beamtentums über das liberale Verfassungssystem treffender zum Ausdruck, als sein Urheber vielleicht selbst hätte wahrhaben wollen.

Vor allem war es entscheidend, daß das deutsche Heer und Beamtentum in den meisten deutschen Staaten, insbesondere in Preußen, dem führenden deutschen Staat, ein Jahrhundert lang selbst die *Funktion der staatstragenden Schicht* übernommen hatte. Staatlicher Machtapparat und staatstragende Organisation fielen zusammen. Das deutsche Beamtentum ist niemals bloßer büro-

kratischer „Apparat" im Sinne westlicher Liberal-Demokratien gewesen. Von diesem Beamtentum sagt Otto Mayer mit Recht, es sei, „und zwar vor allem das alle maßgebenden Stellen erfüllende gelehrte Berufsbeamtentum, kein Werkzeug, sondern eine selbständige Macht im Staate". Das ist die geschichtliche Wirklichkeit, die in Hegels Staatsphilosophie, in seiner Lehre vom Staat als dem Reich der objektiven Vernunft, ein theoretisches und philosophisches System gefunden hat. Die deutsche Staatsrechtslehre freilich hat, wie eben erwähnt, unter dem Vorwand des Positivismus bald auf jede wissenschaftliche Vertiefung und Verteidigung dieser Lage verzichtet. Nur in den Lehren deutscher Historiker und Nationalökonomen der vorigen Generation, z. B. bei Adolf Wagner und Gustav Schmoller, hat sich der von den Juristen verratene große deutsche Staatsbegriff erhalten und blieb, wenn auch ins „Historische" relativiert, das Bewußtsein lebendig, daß der Staat des gebildeten und unbestechlichen deutschen Beamtentums „*über* der bürgerlichen Gesellschaft" stehe. So wurde ein sozial- und kulturpolitischer Beamtenstaat möglich. Aber das reichte nicht aus, um einen von innen und außen gefährdeten Staat geistig zu tragen. Ein halbes Jahrhundert hindurch ist unser fast ausschließlich juristisch gebildetes deutsches Beamtentum in einem angeblichen „Positivismus" geistig und politisch verdorrt. Es ist dadurch unfähig geworden, die entscheidenden Aufgaben einer politisch *führenden* Schicht zu erfüllen.

Solange die Wirklichkeit dieses deutschen Militär- und Beamtenstaates bestand und der Staat infolgedessen als eine über der Gesellschaft stehende Sphäre der „objektiven Sittlichkeit und Vernunft" aufgefaßt werden konnte, war ein sozial- und kulturpolitischer Beamtenstaat möglich, der immerhin kein bloßes Instrument in der Hand fremder, offener oder geheimer, sichtbarer oder unsichtbarer, „gesellschaftlicher" Mächte war. Doch schlug die Wirklichkeit eines solchen Militär- und Beamtenstaates dem geltenden Normensystem und allen Grundsätzen der liberal-demokratischen Verfassung, ja dem ganzen „Konstitutionalismus" des 19. Jahrhunderts fortwährend ins Gesicht. Der außerordentliche politische Erfolg, den Bismarck 1866–1871 errang, konnte darüber hinwegtäuschen, daß der deutsche Beamtenstaat seit 1848 geistig ganz in der Defensive war. Weder die Mischung von Rhetorik und Sophistik, die Friedrich Julius Stahl – sein wahrer Name ist Joll Jolson – den preußischen Konservativen lieferte, noch der zynische Positivismus eines Laband war deutsche Staats- und Rechtstheorie; trotz aller scheinbaren Gegensätzlichkeiten waren sie schließlich alle nur die Wegbereiter der im Namen des „Rechtsstaates" vordringenden politischen Kräfte und Mächte der Liberaldemokratie und des unmittelbar nachrückenden Marxismus.

Allerdings vermochten nicht einmal die liberal-demokratische Weimarer Verfassung und die 14jährige Herrschaft eines pluralistischen Parteisystems die große Tradition des deutschen Beamtenstaates völlig zu zerstören. Doch hatte sich schon vor dem Weltkrieg gezeigt, daß das auf über 20 Einzelstaa-

ten verteilte deutsche Beamtentum für sich allein nicht mehr in der Lage war, beide Funktionen, nämlich die eines objektiven und neutralen staatlichen Behördenapparates und die einer politisch führenden, staatstragenden Schicht, zu erfüllen. Es war natürlich, daß das Beamtentum seinen eigentlichen Wert immer mehr in der sachlichfachlichen Sicherheit und Berechenbarkeit eines vorbildlichen Verwaltungs- und Justizbetriebes suchte, statt in der Verantwortlichkeit politischer Entschlüsse. Es war aus Objektivität, Neutralität und Positivismus nicht mehr imstande, von sich aus in klarer politischer Dezision den Staatsfeind zu erkennen oder gar zu besiegen. Es ging auf in einer positivistischen Gesetzesgebundenheit, die schließlich nur noch die Legalität eines parlamentarischen Gesetzgebungsstaates war und deren Grundlage, das Gesetz, mit „Recht“ im sachlichen, substantiellen Sinne wenig mehr zu schaffen hatte. Denn dieses Gesetz war ja nur noch das Kompromißgeschäft einer heterogenen Koalition. So stand dem politischen Führungsanspruch der parlamentarischen Parteien keine ernste Gegenwehr im Wege. Während des Weltkrieges konnte eine Schicht parlamentarischer Parteipolitiker in den deutschen Staat eindringen, ohne irgendeine politische Leistung aufzuweisen, getragen nur von der Notwendigkeit, daß das Vakuum der politischen Führung doch irgendwie ausgefüllt werden mußte. Nach dem Zusammenbruch des monarchischen Beamtenstaates fand das deutsche Beamtentum im pluralistischen Parteienstaat der Weimarer Verfassung von 1919–1932 seine Rechtfertigung nur noch in einem vermittelnden Ausgleich und einer Art parteipolitisch neutraler, schiedsrichterlicher Stellung zwischen den organisierten Parteiinteressen. Es stand nicht mehr *über* der Gesellschaft, sondern *zwischen* den Schichten der Gesellschaft. Aber dadurch geriet es selbst in das Spiel des pluralistischen Systems; es mußte auf die Dauer, um sich zu halten, zum politischen Mitspieler und Komplicen des Kompromißhandels werden, dadurch sein Wesen aufgeben und das pluralistische System um eine weitere Größe vermehren. Schließlich konnte der bestgemeinte „neutrale Ausgleich“, wenn er auch einem innerlich korrupten Parteiensystem moralisch gewiß überlegen war, doch nur ein schlechter, unzulänglicher Ersatz für die mangelnde politische Führung sein. Weder das neutrale Beamtentum noch das pluralistische Parteiensystem und sein parlamentarischer Betrieb haben ihre staatliche Aufgabe erfüllt und eine politische Führung aus sich erzeugt. Daran sind sie gescheitert.

Erst die Erfahrungen des Jahres 1932 haben diese Erkenntnis auch für die große Mehrheit des deutschen Volkes fruchtbar werden lassen. Der Preußenschlag vom 20. Juli 1932 hat die Regierung des Weimarer Systems aus Preußen entfernt und ihr den preußischen Staat, einen gewaltigen Machtkomplex und Befehlsmechanismus, aus der Hand genommen. Aber die beiden, nur auf die Reichswehr und den preußisch-staatlichen Machtapparat gestützten, angeblich „autoritären“ Regierungen von Papen (Juni 1932 bis November 1932)

und Schleicher (November 1932 bis Januar 1933) konnten das politische Vakuum, nämlich den Mangel politischer Führung nicht ausfüllen. Paul Ritterbusch hat in seiner im November 1932 erschienenen Schrift „Der Verfassungskompromiß von Weimar, das Experiment der Präsidialregierung und die nationalsozialistische Staatsidee" die innere Verzweiflung dieses Entwicklungsstadiums des Pluralismus staatsrechtswissenschaftlich dargelegt. Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932 hat das Weimarer System zwar nicht restituiert, aber sie konnte der Reichsregierung nicht geben, was ihr fehlte und was sie zu nehmen nicht wagen konnte; diese Entscheidung lehnte es auch ab, den Staatsfeind als Staatsfeind zu erkennen und unschädlich machen zu helfen. Erst als der Reichspräsident am 30. Januar 1933 den Führer der Nationalsozialistischen Bewegung, Adolf Hitler, zum Reichskanzler ernannte, erhielt das Deutsche Reich wieder eine politische Führung und fand der deutsche Staat die Kraft, den staatsfeindlichen Marxismus zu vernichten.

An diesem 30. Januar ist der Hegelische Beamtenstaat des 19. Jahrhunderts, für den die Einheit von Beamtentum und staatstragender Schicht kennzeichnend war, durch eine andere Staatskonstruktion ersetzt worden. An diesem Tage ist demnach, so kann man sagen, „Hegel gestorben". Das bedeutet aber nicht, daß das große Werk des deutschen Staatsphilosophen bedeutungslos geworden und der Gedanke einer über dem Egoismus gesellschaftlicher Interessen stehenden politischen Führung preisgegeben wäre. Was an Hegels mächtigem Geistesbau überzeitlich groß und deutsch ist, bleibt auch in der neuen Gestalt weiter wirksam. Nur die der innerstaatlichen Lage des 19. Jahrhunderts entsprechenden Formen des Hegelischen Beamtenstaates sind beseitigt und durch andere, unserer heutigen Wirklichkeit entsprechende Gestaltungen ersetzt.

Heute läßt sich das Deutsche Reich als die politische Einheit des deutschen Volkes nur noch mit Hilfe des Dreiklanges von Staat, Bewegung, Volk begreifen. Die ungeheure politische Aufgabe der Nationalsozialistischen Partei wird erst dadurch erkennbar. Das deutsche Berufsbeamtentum ist aus einer unklar und unhaltbar gewordenen Zwitterstellung befreit und vor der Gefahr gerettet worden, nach liberal-demokratischer Art in die Rolle eines blinden Werkzeugs nichtstaatlich-gesellschaftlicher, d. h. politisch unverantwortlicher, unsichtbarer Mächte herabgedrückt zu werden. Andererseits aber erschöpft sich die Aufgabe der Bewegung nicht darin, dem erstarrten Körper eines Beamtenstaates neues Blut zuzuführen und dann, nachdem sie im „Staat" aufgegangen ist, abzudanken. Unterschieden, aber nicht getrennt, verbunden, aber nicht verschmolzen müssen die drei großen „Schwungräder", wie sie der preußische Ministerpräsident Göring einmal genannt hat, nebeneinander laufen, jedes nach seinem inneren Gesetz und alle im Einklang des von der Bewegung getragenen politischen Ganzen.

IV. Führertum und Artgleichheit als Grundbegriffe des nationalsozialistischen Rechts

1. Der Nationalsozialismus denkt nicht abstrakt und schablonenhaft. Er ist ein Feind alles normativistischen und funktionalistischen Machens. Er sichert und pflegt jede echte Volkssubstanz, wo er sie trifft, in Landschaft, Stamm oder Stand. Er hat das bäuerliche Erbhofrecht geschaffen; das Bauerntum gerettet; das deutsche Beamtentum von fremdgearteten Elementen gereinigt und dadurch als Stand wiederhergestellt. Er hat den Mut, Ungleiches ungleich zu behandeln und notwendige Differenzierungen durchzusetzen. Darum wird er, wo es sinnvoll ist, eine Standesgerichtsbarkeit anerkennen, wie er sie durch das Gesetz vom 12. Mai 1933 (RGBl. I S. 264) auf der Grundlage der alten Militärstrafgerichtsordnung für das Heer wieder eingeführt hat. Auch für bestimmte Organisationen der Partei, wie SA und SS, wäre eine besondere Art von Standesdisziplin mit Standesgerichtsbarkeit denkbar. Mit der Herausbildung echter Stände wird sich das Gebiet der Standesgerichtsbarkeit von selbst erweitern. In anderer Weise, aber aus dem gleichen Sinn für das konkret Eigenwüchsige, kann der Nationalsozialismus auf dem Gebiet der kommunalen Selbstverwaltung den sachlichen Verschiedenheiten von Dorf, Landstadt, Industriegemeinde, Großstadt, Riesenstadt gerecht werden, ohne durch die falschen Gleichheitsvorstellungen eines liberaldemokratischen Schemas behindert zu sein.

a) Die Anerkennung der Mannigfaltigkeit eigenwüchsigen Lebens würde aber sofort wieder zu einer unglücklichen pluralistischen Zerreißung des deutschen Volkes nach Konfessionen, Stämmen, Klassen, Ständen und Interessentengruppen hinführen, wenn nicht ein *starker Staat* das Ganze der politischen Einheit über alle Vielgestaltigkeiten hinaushebt und sichert. Jede politische Einheit bedarf einer zusammenhängenden, inneren Logik ihrer Einrichtungen und Normierungen. Sie braucht einen einheitlichen Formgedanken, der alle Gebiete des öffentlichen Lebens durchgängig gestaltet. Auch in diesem Sinn gibt es keinen normalen Staat, der nicht total wäre. So mannigfaltig die Gesichtspunkte für die Regelungen und Einrichtungen der verschiedenen Lebenssphären sind, so bestimmt muß auf der anderen Seite ein einheitliches, folgerichtiges Hauptprinzip anerkannt und festgehalten werden. Jede Unsicherheit und jeder Zwiespalt wird zu einem Ansatzpunkt zuerst staatsneutraler, dann staatsfeindlicher Bildungen und zur Einbruchsstelle pluralistischer Aufsplitterung und Zerreißung. Ein starker Staat ist die Voraussetzung eines starken Eigenlebens seiner verschiedenartigen Glieder. Die Stärke des nationalsozialistischen Staates liegt darin, daß er von oben bis unten und in jedem Atom seiner Existenz von dem Gedanken des Führertums beherrscht und durchdrungen ist. Dieses Prinzip, durch das die Bewegung groß geworden ist, muß sowohl in der staatlichen Verwaltung wie in den

verschiedenen Gebieten der Selbstverwaltung sinngemäß durchgeführt werden, unter selbstverständlicher Berücksichtigung der durch die Besonderheit der Materie gebotenen Modifikationen. Es wäre aber nicht zulässig, ein bestimmtes wichtiges Gebiet des öffentlichen Lebens von der Herrschaft des Führergedankens auszunehmen.

Der äußerlich so starke Militär- und Beamtenstaat des deutschen 19. Jahrhunderts hat den schweren politischen Fehler begangen, in der *kommunalen Selbstverwaltung* ein anderes Gestaltungsprinzip aufkommen zu lassen als in der staatlichen „Exekutive", das hieß damals: im Staate selbst. Daß die Gemeindevertretung aus Wahlen hervorging, hätte bei der Wesensverschiedenheit von Gemeinde und Staat an sich noch keine innerstaatliche Zwiespältigkeit zu begründen brauchen; doch wurde die gewählte Gemeindevertretung, eben weil sie *gewählt* war, als *wahrer* Träger und Repräsentant der Gemeinde aufgefaßt, womit für die Gemeinde ein dem monarchischen Staat widersprechendes Formprinzip anerkannt war. Die kommunale Selbstverwaltung wurde dadurch zu einer Einbruchstelle des liberal-demokratischen parlamentarischen Prinzips in einen monarchistisch-autoritären Beamtenstaat. Der Freiherr vom Stein ist schon im Jahre 1810 zu der Einsicht gekommen, daß er den „Unterschied zwischen Verfassung und Verwaltung nicht scharf genug im Auge behalten" habe. Unter dem typischen Vorwand, daß es sich um „unpolitische" Selbstverwaltungsangelegenheiten handle, schuf sich das liberale Bürgertum eine dem Staat entzogene öffentlich-rechtliche und doch „staatsfreie" Sphäre, in der andere politische Ideale, andere Form- und Gestaltungsprinzipien galten als im Staat. Unter deutsch-rechtlichen Tarnungen wie „Genossenschaftsgedanke", „Freiheit der Selbstverwaltung", „eigene Angelegenheiten" usw. erschütterte dann eine ziel- und zweckbewußte Rechtslehre das Führerprinzip des preußischen Staatswesens. Die Lehre von der Wesensgleichheit aller menschlichen Verbände, insbesondere auch der von Gemeinde und Staat, unterstützte auf eine sehr wirksame Weise die Eroberung des preußischen Staates durch einen ihm wesensfremden Gestaltungsgrundsatz.

Freilich zeigte der deutsche Militär- und Beamtenstaat gegenüber dem scheinbar unwiderstehlichen Vordringen liberaler Gedanken eine zähe Widerstandskraft; er schuf eine vorbildliche organisatorische Durchdringung von staatlicher Verwaltung und kommunaler Selbstverwaltung, für die der preußische Landrat das berühmteste Beispiel ist. Auch verhinderte das für die Gemeindewahlen geltende Dreiklassenwahlrecht die letzten Konsequenzen einer folgerichtigen Liberaldemokratie. Aber es ist doch nicht zu verkennen, daß der Staat dem bald nationalliberal, bald freikonservativ, bald genossenschaftsrechtlich, bald kommunalfreisinnig vordringenden Gegner geistig nicht gewachsen war, sondern auch hier, wie oben (unter III. 2.) gezeigt, in der Defensive kämpfte. Infolgedessen wurde er schließlich besiegt. Es braucht nicht lange bewiesen zu werden, daß es sich in unserem heutigen Staats- und Ver-

waltungsrecht anders verhalten muß. In einem totalen Staat darf es keine politischen Protestdemonstrationen eines Gemeindeparlamentes geben wie z. B. jenen angeblich ganz „unpolitischen“, eine „reine Selbstverwaltungsangelegenheit“ und einen „bloßen Akt der Pietät“ darstellenden Beschluß der Berliner Stadtverordnetenversammlung vom Jahre 1898, auf den Gräbern der Revolutionäre vom März 1848 einen Kranz niederzulegen (Urteil des OVG. vom 9. Juli 1898), oder jenen Potsdamer Flaggenstreit zwischen Staat und Gemeinde, der durch das Urteil des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich vom 9. Juli 1928 (Lammers-Simons I S. 276) zugunsten der Gemeinde entschieden wurde[6].

b) Die organisatorische Durchführung des Führergedankens erfordert zunächst negativ, daß alle der liberal-demokratischen Denkart wesensgemäßen Methoden entfallen. Die *Wahl* von unten mit sämtlichen Residuen bisheriger Wählerei hört auf. (Die Neuwahl des Reichstags am 12. November 1933 kann, wie oben gezeigt, nur als Bestandteil einer Volksbefragung aufgefaßt werden.) Auch die alten *Abstimmungsprozeduren*, mit deren Hilfe eine irgendwie zusammenkoalierte Mehrheit eine Minderheit majorisierte und aus der Abstimmung ein Machtmittel der Überstimmung und der Niederstimmung machte, dürfen sich in einem Einparteistaat nicht fortsetzen oder wiederholen. Endlich haben die typisch liberalen Trennungen und Dualismen von *Legislative und Exekutive*, in der Gemeindeorganisation von *Beschluß-* und *Verwaltungs-* oder Ausführungsorganen, ihren Sinn verloren. Die Gesetzgebungsbefugnis der Reichsregierung ist ein erstes, bahnbrechendes Beispiel dieser Aufhebung künstlicher Zerreißungen. Überall muß das System der *Verantwortungsverteilung und -verschiebung* durch die klare *Verantwortlichkeit* des zu seinem Befehl sich bekennenden *Führers*, und die *Wahl* durch *Auswahl* ersetzt werden.

Zu dem neuen, für den nationalsozialistischen Staat artbestimmenden Führergedanken gehört als natürliche Ergänzung die Einrichtung eines *Führerrats*. Dieser steht dem Führer mit Rat, Anregung und Gutachten zur Seite; er unterstützt und fördert ihn, hält ihn mit der Gefolgschaft und dem Volk in lebendiger Verbindung, aber er kann dem Führer keine Verantwortung abnehmen. Er ist weder eine Organisation des Mißtrauens, der Kontrolle und der Verantwortungsverschiebung, noch soll er einen innerlichen Dualismus (Volksvertretung gegen Regierung, Gemeindevertretung gegen Gemeindevorstand) oder gar Pluralismus darstellen und zum Ausdruck bringen. Daher

---

[6] Auch in der habsburgischen Monarchie haben die den Staat auflösenden Kräfte, insbesondere die mit dem staatlichen Ganzen kämpfenden Nationalitäten, die kommunale Selbstverwaltung als Einfalltor benutzt. Es kam vor, daß der Bürgermeister einer Landeshauptstadt dem Militär verbot, durch bestimmte Straßen der Stadt zu marschieren. Vergl. Verw. Archiv XIX (1911), Seite 448, eine Stelle, die zugleich eine schöne Illustration zum Sinn und Wesen des „Rechtsstaates“ enthält.

darf der Führerrat nicht von außen oder unten her *gewählt*, sondern er muß vom Führer *ausgewählt* werden, und zwar nach bestimmten Auswahlgrundsätzen, die vor allem den Zusammenhang mit der Staat- und Volktragenden Parteiorganisation im Auge behalten. Dadurch wird auch eine weitgehende Berücksichtigung der besonderen lokalen und regionalen, wie auch der fachlichen und ständischen Verhältnisse und Notwendigkeiten möglich. Führer und Führerrat sind ebenso einfache, wie in ihrer konkreten Anwendung auf die verschiedensten Lebensgebiete elastische Gestaltungsarten. Sie haben in dem Preußischen Staatsrat, dem großen konstruktiven Werk des preußischen Ministerpräsidenten Göring, die erste anschauliche und vorbildliche Gestalt gefunden. In dem preußischen Gesetz über den Provinzialrat vom 17. Juni 1933 (GS. S. 254) ist der Gedanke bereits von dem Gebiet der *Regierung* auf das der *Verwaltung* übertragen. Heute dürfte er als Grundsatz allgemein durchgedrungen und anerkannt sein.

2. Angesichts der grundlegenden Bedeutung des Führergedankens wird es um so notwendiger, den Kernbegriff des nationalsozialistischen Staatsrechts, den *Begriff der Führung*, auch theoretisch klar zu unterscheiden und in seiner Eigenart zu sichern. Um den Begriff in seiner vollen Bedeutung zu erkennen und die Gefahr der Fälschungen und Trübungen abzuwehren, ist zunächst eine klare Gegenüberstellung mit einigen anderen, scheinbar verwandten Begriffen erforderlich. Denn solche Begriffe, die durchaus notwendig und in ihrem Gebiet unentbehrlich, aber auch von einem andern Geist bereits imprägniert sind, werden gern benutzt, um den Führergedanken an sie zu assimilieren und dadurch seine eigentliche Kraft zu lähmen. Es ist bekannt, daß es zur konsequenten Liberaldemokratie gehört, das Ideal in der politischen „Führerlosigkeit“ zu sehen. Es ist aber noch nicht zu wissenschaftlichem Bewußtsein der meisten deutschen Juristen gekommen, daß seit einem Jahrhundert ein ganzes System spezifischer Begriffsbildungen an dieser Ausmerzung des Führergedankens arbeitet und daß die Hebel solcher Begriffe vor allem dort angesetzt werden, wo sie politisch zerstörend und geradezu vernichtend wirken müssen.

Das von dem Grundprinzip der Sicherheit, Berechenbarkeit und Meßbarkeit beherrschte rechtsstaatliche Denken verwandelt, unter dem Vorwand, Rechts-Begriffe zu schaffen, alle Vorstellungen, Begriffe und Einrichtungen in normativistisch *vorher bestimmte* Abstraktheiten. Es wird z. B. gesagt, daß jede Pflicht, wenn sie eine *Rechtspflicht* und juristisch relevant sein soll, immer einen normativ nachmeßbaren und infolgedessen einen der richterlichen Nachprüfung unterliegenden Inhalt habe. Auf diese einfache Weise wird eine andere, dem individualistisch-liberalen Rechtsdenken unzugängliche Art von Pflichten aus dem Rechtsleben hinausverwiesen, und verschafft einer ganz bestimmten politischen Weltanschauung (die keineswegs besonders rechtlicher oder besonders wissenschaftlicher Art ist) das Monopol der

Rechtswissenschaftlichkeit. Die für das Recht eines Führerstaates lebensnotwendigen *Treuepflichten* z. B. der Gefolgschaft, des Beamtentums, der Volksgenossen, die durchaus im vollen Sinne Rechtspflichten sind, werden dadurch zu „bloß moralischen“ oder „bloß politischen“ Angelegenheiten umgedeutet und ihres rechtlichen Kernes beraubt. Im Leipziger Prozeß der amtsenthobenen preußischen Regierung des Weimarer Systems gegen das Deutsche Reich hat dieser Gedankengang seine Triumphe gefeiert. Die Treuepflicht der Länder gegen das Reich, die selbstverständlich eine Rechtspflicht politischen Inhalts ist, wurde mit Hilfe einer solchen liberalen Trennung von Recht und Politik in ihrem Wesen zerstört und von einem besonders typischen Vertreter des Weimarer Systems als etwas „Sentimentales“ ironisiert. Daß man Nationalsozialisten und Kommunisten politisch auf eine Stufe stellte, galt dieser Auffassung als „Recht“ zum Unterschied von „Politik“; die kommunistische Organisation, also einen gefährlichen Todfeind des deutschen Staates, von einer nationalen deutschen Bewegung zu unterscheiden, galt dagegen als ein Verstoß gegen die „Gleichheit vor dem Gesetz“ und als eine „politische“ im Gegensatz zu einer „rechtlichen“ oder „juristischen“ Bewertung. Hier wurde der staatsfeindliche Kern der liberalen Antithetik von Recht und Politik handgreiflich. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich allerdings versuchte in seinem Urteil vom 25. Oktober 1932 auch in dieser Hinsicht streng „rechtlich und neutral“ zu bleiben und sich der Entscheidung zu entziehen. So erklärt sich folgende, Wort für Wort und Satz für Satz kennzeichnende Stelle in den Entscheidungsgründen dieses berühmten Urteils:

„Es mag zugegeben werden, daß in Zeiten höchster politischer Spannung in besonders scharfen öffentlichen Angriffen von Ministern eines Landes auf die Politik des Reiches unter Umständen eine Verletzung der Treuepflicht gefunden werden kann. Die Möglichkeit, in solchen Angriffen eine Pflichtverletzung des Landes zu erblicken, wird auch dadurch nicht ohne weiteres ausgeschlossen, daß der Minister nicht in seiner amtlichen Eigenschaft, sondern als Privatmann oder als Parteimitglied handelt. Die Prüfung der Äußerungen des Ministers Severing ergibt aber, auch wenn man sie im Lichte der gesamten damaligen Lage vornimmt, daß sie die Grenze der gebotenen Zurückhaltung nicht derart überschreiten, daß darin eine Pflichtverletzung des Landes gegenüber dem Reich erblickt werden kann.“

Ein weiteres Beispiel ist der in einem halben Jahrhundert liberalistischer Praxis zu einem Gegenbegriff gegen den Begriff der politischen Führung entwickelte Begriff der *Aufsicht*. Es versteht sich von selbst, daß es „Aufsicht“ in verschiedenen Anwendungen des Wortes (Dienstaufsicht gegenüber Beamten, Schulaufsicht, Kommunalaufsicht, Kirchenaufsicht usw.) auch heute noch gibt und ihr Geltungsgebiet bleibt. Auch kann man in jeder Art Führung etwas von „Aufsicht“ finden. Es ist aber notwendig, die besonderen Geltungsgebiete der Aufsicht klar zu unterscheiden und der Verwirrung ent-

gegenzutreten, die von dem Begriff der Aufsicht her dem Begriff der echten Führung droht.

Bismarcks bundesstaatliche Verfassung vom 18. April 1871 war die Verfassung eines *hegemonischen* Bundes; Preußen hatte die Hegemonie, d. h. die politische Führung. Das war unbestritten und unbestreitbar. Aber es war im Wortlaut der Verfassung nicht ausdrücklich geschrieben, und da der Begriff der politischen Führung sich der Denkweise des liberalistischen Positivismus entzieht, fand gerade dieser entscheidende Begriff des deutschen Bundesstaatsrechts in der Staatsrechtslehre wenig Interesse. Man hätte sich dem Vorwurf ausgesetzt, „politisch" und „unwissenschaftlich" zu sein, wenn man der Wahrheit und Wirklichkeit dieses ganz und durchaus auf Hegemonie angelegten bundesstaatlichen Gebildes gerecht geworden wäre. So wurde der Zentralbegriff dieser Reichsverfassung verfehlt. Dagegen fand der Begriff der *Reichsaufsicht* eine um so ausführlichere Behandlung und Entwicklung. Es ist ein folgerichtiges Ergebnis dieser Art staatsrechtlichen Denkens, daß die letzte systematische Arbeit über das Bundesstaatsrecht der Bismarckschen Verfassung, H. Triepels Werk „Die Reichsaufsicht" (1917), dieses ganze Recht *sub specie* der Reichsaufsicht betrachtete. Daß ein deutscher Gelehrter wie H. Triepel, der gegenüber den normativistischen Entstellungen des Staatsrechts oft seinen Sinn für die politische Wirklichkeit bewiesen hat, zu dieser Akzentverlegung kam, zeigt die suggestive Kraft liberal-rechtsstaatlicher Denkgewohnheiten und die innere Logik solcher von der Führung zur Aufsicht übergegangenen Denkweisen, für welche sogar die Reichsexekution schließlich nur noch ein Fall der „Reichsaufsicht" war.

Durch die Weimarer Verfassung mußte sich diese Tendenz zum Aufsichtsbegriff noch weiter steigern und vollenden. Nicht nur, weil die Weimarer Verfassung ein besonders typisches Dokument des bürgerlichen Rechtsstaates ist und weil ihre weltanschauliche Grundlage die liberalen Zerreißungen von Recht und Politik, Recht und Macht, Geist und Macht usw. in sich schließt, sondern vor allem, weil sie die preußische Hegemonie ganz beseitigt und dadurch das letzte Führerelement aus der im übrigen beibehaltenen bundesstaatsrechtlichen Organisation vollends ausgemerzt hat. Dadurch, daß diese Verfassung dann auch noch statt des früheren Bundesrats einen Staatsgerichtshof in justizförmigem Verfahren über bundesstaatsrechtliche Streitigkeiten sogar zwischen Reich und Ländern entscheiden ließ (Art. 19), hat sie der Vernichtung des politischen Führergedankens und allen daran interessierten reichszerstörenden Kräften – sowohl des parteipolitischen Pluralismus wie des einzelstaatlichen Partikularismus – eine neue politische Waffe, nämlich die des Prozesses vor dem Staatsgerichtshof, in die Hand gegeben. Bei den Urhebern der Weimarer Verfassung waren noch manche Hemmungen gegen diese Methoden vorhanden gewesen; in der staatlichen Praxis mußte sich mit wachsender Schwierigkeit der innerpolitischen Lage die Notwendig-

keit politischer Führung immer deutlicher aufdrängen. Aber der herrschende Normativismus der damaligen Staatsrechtswissenschaft und der Mangel jeder echten Staatstheorie halfen an der Juridifizierung der Innenpolitik eifrig mit. Auch dieser Zustand gipfelte in einem Aufsichtsbegriff. Als letztes Wort des alten Aufsichtsdenkens entstand (in dem Aufsatz von Joh. Heckel über das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932, Arch. des öffentl. Rechts, Bd. 23, S. 211) die Prägung: *Verfassungsaufsicht*. Nachdem im Bundesstaatsrecht der Bismarckschen Verfassung der Begriff der „Reichsaufsicht" ein geeignetes Mittel normativistischer Relativierung politischen Führertums war, ist am Ende des Weimarer Systems dieser ganz ins Normativistische gewendete Begriff einer „Verfassungsaufsicht" möglich geworden. In dem Wort „Reichsaufsicht" war wenigstens noch das aufsichtsführende Subjekt, das Reich, erkennbar; in anderen Begriffsbildungen, wie Schulaufsicht, Kommunalaufsicht, ist wenigstens das der Aufsicht unterworfene Objekt enthalten. In der Prägung „Verfassungsaufsicht" dagegen tritt weder ein Subjekt noch ein Objekt, sondern nur der Maßstab der Aufsicht, die Verfassung, zutage. Und dieser übrigens gutgemeinte Begriff sollte der entscheidenden politischen Befugnis jedes bündischen Systems, der *ultima ratio* der politischen Einheit eines bundesstaatlichen Reiches, nämlich der Reichsexekution, als theoretische Grundlage dienen! Damit war der äußerste Grad der Zerstörung politischen Führertums erreicht.

Drei Momente kennzeichnen die liberal-rechtsstaatliche Ausbildung und Ausgestaltung des Aufsichtsbegriffs zum eigentlichen Gegenbegriff gegen das Prinzip der politischen Führung. Als erstes seine *normativistische Tendenz*. Sie besteht darin, daß mit dem Begriff der Aufsicht die Vorstellung eines im voraus tatbestandsmäßig geregelten, daher meßbaren und nachprüfbaren Maßstabes dieser Aufsicht verbunden ist. Dieser vorherbestimmten, daher von jeder konkreten Lage absehenden Regelung werden alle Beziehungen zwischen dem Beaufsichtigenden und dem Beaufsichtigten unterworfen. Auch die unbestimmten und sogar die Ermessensbegriffe eines solchen Aufsichtssystems sind von dieser Tendenz beherrscht. Auch sie sollen an der „Ermessensüberschreitung" und am „Ermessensmißbrauch" ihre Grenze finden, und zwar eine richterlich nachprüfbare Grenze. Auch das „Willkürverbot", das in alle diese Aufsichtsbegriffe hineininterpretiert wird, hat den politischen Sinn, die Fiktion berechenbarer Meßbarkeit auf Grund vorheriger Normiertheit und die Reguliertheit aller gegenseitigen Aufsichtsbeziehungen durchzusetzen.

Das zweite Merkmal der Ausbildung eines führungsfeindlichen Aufsichtsbegriffs liegt in der Tendenz zur *Gleichordnung von Subjekt und Objekt der Aufsicht*. Sie ergibt sich ohne weiteres mit logischer Folgerichtigkeit aus dem eben erwähnten Normativismus des Aufsichtsdenkens. Denn sobald der Maßstab der Aufsicht angeblich berechenbar und nachprüfbar feststeht, kann von

der Fiktion ausgegangen werden, es sei bereits im voraus bestimmt und festgelegt, was der Aufsichtführende sich an „Eingriffen“ (dieses mit politischer Polemik geladene Wort ist kennzeichnend für ein solches angeblich rein „rechtliches“ Denken) erlauben darf; was der Beaufsichtigte sich „zumuten“ lassen muß; daher kann sich der Aufsichtunterworfene gegen die Aufsicht jederzeit auf die Norm als allein maßgebenden Maßstab berufen. Dann zeigt sich, daß er in Wahrheit überhaupt nicht der aufsichtsführenden Instanz oder gar einem politischen Führer, sondern immer nur einem angeblich objektiven, durch einen außenstehenden Dritten nachprüfbaren, unpersönlichen Normeninhalt unterworfen sein soll. Es zeigt sich weiter, daß auch der Aufsichtführende der gleichen Norm untersteht und infolgedessen überhaupt nicht mehr von Führung und Unterwerfung, sondern auf beiden Seiten nur noch von „objektiver“ Auslegung der Norm und „sachlicher“ Abgrenzung der Zuständigkeiten die Rede sein kann. Dann ist auch das Wort „Aufsichtführung“ unrichtig und muß durch „objektive Normengeltung“ und „Normenanwendung“ ersetzt werden.

Die dritte Eigenart dieses führerfeindlichen Aufsichtsbegriffs entwickelt sich mit derselben Folgerichtigkeit aus den beiden vorangehenden Merkmalen. Liegt eine meßbare Norm vor und sind beide Teile des Aufsichtsverhältnisses gleichgeordnet dieser Norm unterworfen, so ist es unvermeidlich, daß nur ein ebenfalls „objektiver“, unbeteiligter Dritter, also eine unabhängige richterliche Instanz, als Organ jener objektiven Norm über beide Teile zu Gericht sitzt. Ein solcher Aufsichtsbegriff erfordert unabwendbar eine *richterliche Instanz und die prozeßförmige Erledigung aller Differenzen zwischen Aufsichtsobjekt und Beaufsichtigenden*. Bei allen untereinander so überaus verschiedenen Arten des Aufsichtsbegriffes erscheint daher schließlich eine gerichtliche Instanz, die in einem mehr oder weniger justizförmigen Verfahren das letzte Wort spricht. Der dem liberalen Rechtsstaatsbegriff wesensnotwendige Schutz- und Sicherungsgedanke verwandelt dann, zu Ende gedacht, die Verwaltungsgerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten aus dem kommunalen Aufsichtsrecht in Behörden zur Aufsicht *über* die Staatsaufsicht; die Dienststrafgerichte des Beamtenrechts, die strenge Standesgerichte sein sollen, in bloße Schutzvorrichtungen gegen das Dienstaufsichtsrecht, die statt des Vorgesetzten über alle wichtigen Anwendungsmöglichkeiten und Verwirklichungen der Dienstaufsicht entscheiden; den Staats- oder Verfassungsgerichtshof in ein Organ zur politischen Beaufsichtigung der auf Verfassungsaufsicht beschränkten Regierung. Das Ergebnis ist immer *Justiz statt politischer Führung*. Ein Prozeßrichter ist kein politischer Führer, und die Methoden des heutigen Rechtsstreites sind kein Vorbild für die Gestaltung eines Führerstaates. Im entscheidenden politischen Fall bedeutet die Normativierung und Prozessualisierung nur eine Bindung des Führers zum Vorteil des Ungehorsamen; die Gleichordnung der Parteien nur Gleichordnung des

Staats- und Volksfeindes mit dem Staats- und Volksgenossen; die Entscheidung durch einen unabhängigen Richter nur die Unterwerfung von Führer und Gefolgsmann unter einen politisch nicht verantwortlichen Nichtführer.

3. *Führen ist nicht Kommandieren, Diktieren, zentralistisch-bürokratisches Regieren oder irgendeine beliebige Art des Herrschens*. Es gibt manche Formen von Herrschaft und Befehl, auch von guter, gerechter und vernünftiger Herrschaft und Befehlsgewalt, die nicht Führung sind. Die Herrschaft der Engländer über Indien oder Ägypten mag sich aus vielen Gründen rechtfertigen lassen, sie ist aber alles andere als eine Führung der Inder oder Ägypter durch die Engländer. Die Ausbeutung der früheren deutschen Kolonien durch die sogenannten Mandatar-Mächte gemäß Artikel 22 der Völkerbundssatzung gibt sich unter humanitären Tarnungen als „Vormundschaft" und „Erziehung" aus, ist aber gleichfalls nicht Führung. Ebensowenig sind die meisten, möglicherweise notwendigen und heilsamen Fälle einer *Diktatur* in unserem Sinne Führung. Auch hier müssen wir uns dagegen wehren, daß ein spezifisch deutscher und nationalsozialistischer Begriff durch eine Assimilierung an fremde Kategorien getrübt und geschwächt wird.

Es gibt mancherlei Bilder und Vergleiche, die das Verhältnis von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten anschaulich machen sollen, und es scheint mir auch rechtswissenschaftlich richtiger, sich der sachlichen Bedeutung dieser verschiedenen Bezeichnungen bewußt zu werden, als mit Hilfe der bekannten Begriffsschablonen von einem „speziellen", sowohl an der vorher bestimmten Norm wie am „Privatleben" selbstverständlich seine Grenze findenden „Gewaltverhältnis" zu reden. Die römisch-katholische Kirche hat für ihre Herrschaftsgewalt über die Gläubigen das Bild vom Hirten und der Herde zu einem theologisch-dogmatischen Gedanken ausgeformt. Wesentlich an diesem Bilde ist, daß der Hirt der Herde absolut *transzendent* bleibt. Das ist nicht unser Begriff von „Führung". Eine berühmte Stelle in Platons Schrift „Politikos" behandelt die verschiedenen, für den Staatsmann in Betracht kommenden Vergleiche mit einem Arzt, einem Hirten oder einem Steuermann, um das Bild vom Steuermann zu bejahen. Es ist durch den „*gubernator*" in alle lateinisch beeinflußten Sprachen der romanischen und angelsächsischen Völker übergegangen, und das Wort für „Regierung" geworden als *gouvernement, governo, government* oder als das „Gubernium" der früheren habsburgischen Monarchie. Die Geschichte dieses „*gubernator*" enthält ein gutes Beispiel dafür, wie ein bildhafter Vergleich zu einem juristisch-technischen Begriffe wird. Ein anderes charakteristisches Bild ist das vom Roß und dem Reiter, das der große französische Historiker Hippolyte Taine für die Herrschaft Napoleons über das französische Volk verwendet. Es trifft für das Imperatorentum dieses italienischen Soldaten, der sich des Staates der französischen Nation bemächtigte, in einer großartigen Weise zu, weil es die tiefere Erklärung für den innerlichen Zwang gibt, unter dem diese

Herrschaft stand: sich durch immer neue militärische Erfolge und gleichzeitig durch immer neue Legitimierungen (Plebiszite, päpstliche Krönung, Ehe mit einer Habsburgerin) und Institutionalisierungen (neuer Adel) nach außen und innen voreilig zu normalisieren.

Keines dieser Bilder trifft wesentlich das, was unter politischer Führung im wesentlich deutschen Sinn des Wortes zu verstehen ist. Dieser Begriff von Führung stammt ganz aus dem konkreten, substanzhaften Denken der nationalsozialistischen Bewegung. Es ist bezeichnend, daß überhaupt jedes Bild versagt und jedes treffende Bild sogleich schon mehr als ein Bild oder Vergleich, sondern eben schon Führung in der Sache selbst ist. Unser Begriff ist eines vermittelnden Bildes oder eines repräsentierenden Vergleichs weder bedürftig noch fähig. Er stammt weder aus barocken Allegorien und Repräsentationen noch aus einer cartesianischen *idée générale*. Er ist ein Begriff unmittelbarer Gegenwart und realer *Präsenz*. Aus diesem Grunde schließt er auch, als positives Erfordernis, eine *unbedingte Artgleichheit zwischen Führer und Gefolgschaft* in sich ein. Auf der Artgleichheit beruht sowohl der fortwährende untrügliche Kontakt zwischen Führer und Gefolgschaft wie ihre gegenseitige Treue. Nur die Artgleichheit kann es verhindern, daß die Macht des Führers Tyrannei und Willkür wird; nur sie begründet den Unterschied von jeder noch so intelligenten oder noch so vorteilhaften Herrschaft eines fremdgearteten Willens.

4. *Artgleichheit* des in sich einigen deutschen Volkes ist also für den Begriff der politischen Führung des deutschen Volkes die unumgänglichste Voraussetzung und Grundlage. Wenn der Gedanke der Rasse auf dem Nationalsozialistischen Deutschen Juristentag in Leipzig 1933 in der gewaltigen Schlußrede des Führers, in den hinreißenden Ansprachen des Führers der Deutschen Rechtsfront, Dr. *Hans Frank*, und in ausgezeichneten Fachreferaten wie namentlich dem Vortrag von *H. Nicolai,* immer wieder in den Mittelpunkt gestellt wurde, so war das kein theoretisch ausgedachtes Postulat. Ohne den Grundsatz der Artgleichheit könnte der nationalsozialistische Staat nicht bestehen und wäre sein Rechtsleben nicht denkbar; er wäre mit allen seinen Einrichtungen sofort wieder seinen – bald überlegen-kritisierenden, bald unterwürfig sich assimilierenden – liberalen oder marxistischen Feinden ausgeliefert.

Für den wissenschaftlichen Juristen des neuen deutschen Rechts ist es insbesondere notwendig, sich der *systematischen*, alle rechtlichen Erwägungen durchdringenden Kraft dieses Begriffes der Artgleichheit bewußt zu werden. Die Fiktion der normativistischen Bindung des Richters an ein Gesetz ist heute für wesentliche Gebiete des praktischen Rechtslebens theoretisch und praktisch unhaltbar geworden. Das Gesetz kann die Berechenbarkeit und Sicherheit, die für das rechtsstaatliche Denken zur Definition des Gesetzes ge-

hört, überhaupt nicht mehr aufbringen. Die Sicherheit und Berechenbarkeit liegt nicht in der Normierung, sondern in der als „normal" vorausgesetzten Situation. Von allen Seiten her und in zahllosen Umschreibungen sind sogenannte *Generalklauseln* und *unbestimmte Begriffe* in alle Gebiete des Rechtslebens, selbst auch in das Strafrecht, eingedrungen: „Treu und Glauben", „Gute Sitten", „wichtiger Grund", „unbillige Härte", „Zumutbarkeit", „besondere Notlage", „unverhältnismäßiger Nachteil", „überwiegende Interessen", „Mißbrauchverbot", „Willkürverbot", „Interessenberücksichtigungsanspruch" – das sind nur einige Beispiele dieser Auflösung eines legalitären Normativismus. Solche Generalklauseln sind längst unvermeidlich und unentbehrlich geworden; sie bestimmen durchaus das Gesamtbild unserer Rechtspflege des privaten wie des öffentlichen Rechts. Eine vor kurzem (1933) erschienene Schrift des Jenenser Rechtslehrers Hedemann „Die Flucht in die Generalklauseln" vermittelt einen großen Eindruck von der ungeheuren Verbreitung dieser Klauseln; sie warnt mit ernsten Worten vor der Gefahr einer völligen Auflösung des Rechts in normativistisch unbestimmte und unberechenbare Allgemeinheiten. Aber ich glaube nicht, daß das große Problem der Generalklauseln damit gelöst ist. Die Auflösung und Unbestimmtheit aller Begriffe scheint mir, namentlich angesichts des vorliegenden Schrifttums aller Rechtsdisziplinen, noch viel weiter vorgeschritten, als Hedemann es darstellt. Sogar „tatsächlicher" und „unmittelbarer Besitz" konnte als unbestimmter Begriff erkannt werden, und zwar nicht von irgendeinem Talmudisten, sondern von einem bedeutenden deutschen Rechtslehrer, *Philipp Heck* in Tübingen. Wir sind in Rechtstheorie und -praxis bereits an dem Punkt angelangt, daß sich im vollen, praktischen Ernst die erkenntnistheoretische Frage stellt, wie weit ein Wort oder ein Begriff des Gesetzgebers die gesetzesanwendenden Menschen überhaupt in einer wirklich berechenbaren Weise binden kann. Wir haben die Erfahrung gemacht, daß jedes Wort und jeder Begriff sofort strittig, unsicher, unbestimmt und schwankend wird, wenn in einer schwankenden Situation verschieden geartete Geister und Interessen sich seiner bemächtigen. Insbesondere ist unser ganzes Verwaltungsrecht von solchen unbestimmten, nicht norm-, sondern situationsgebundenen Begriffen (wie „öffentliche Sicherheit und Ordnung", „Gefährdung", „Notlage", „Verhältnismäßigkeit" usw.) beherrscht, und auch Begriffe wie: „pflichtgemäßes Ermessen", „Willkür" und „Willkürverbot" sind im Konfliktsfall so unberechenbar, daß sie selber zur schlimmsten Willkür werden können.

So betrachtet, gibt es heute überhaupt nur noch „unbestimmte" Rechtsbegriffe. Daß es möglich wäre, heute zu dem alten Glauben einer tatbestandsmäßig und lückenlos im voraus getroffenen, sicher berechenbaren gesetzlichen Normierung aller denkbaren Fälle zurückzukehren, wird niemand behaupten wollen. Die Fiktion und Illusion eines alle Fälle und alle Situationen

im voraus tatbestandsmäßig und subsumierbar erfassenden Gesetzes läßt sich nicht wieder neu beleben, ja der Gedanke eines Versuches lückenloser Kodifikation oder Normierung ist heute kaum noch vollziehbar. „Ein Zurückgehen auf den strengen Positivismus kann nicht in Frage kommen“, sagt auch Ph. Heck mit vollem Recht (Jur. Woch. 1933 S. 1449). So steht die gesamte Gesetzesanwendung zwischen Scylla und Charybdis. Der Weg vorwärts scheint ins Uferlose zu führen und sich immer weiter vom festen Boden der Rechtssicherheit und der Gesetzesgebundenheit, der doch gleichzeitig auch der Boden der richterlichen Unabhängigkeit ist, zu entfernen; der Weg zurück in einen als sinnlos erkannten, geschichtlich längst überwundenen, formalistischen Gesetzesaberglauben kommt ebensowenig in Betracht.

Es gibt hier nur einen Weg; der nationalsozialistische Staat hat ihn mit großer Bestimmtheit beschritten, und Staatssekretär *Freisler* hat ihm in der Forderung „Nicht Justizreform, sondern Juristenreform“ das klarste Kennwort gegeben. Wenn eine unabhängige Rechtspflege weiter bestehen soll und trotzdem eine mechanische und automatische Bindung des Richters an vorher bestimmte Normierungen nicht möglich ist, so hängt eben alles von der *Art und dem Typus* unserer Richter und Beamten ab. Niemals hat die Frage „*quis* judicabit“ eine derartig alles entscheidende Bedeutung gehabt wie heute. Auch im früheren liberal-demokratischen System hat es nicht an ethischen und moralischen, an die „schöpferische Persönlichkeit“ des Richters gestellten Forderungen gefehlt. Aber das blieb leere Deklamation, weil man nur von „Persönlichkeit“ im allgemeinen sprach, und das Wort im Dienste eines liberalen Individualismus nur den „Menschen“ und nicht das konkrete deutsche Volk im Sinne hatte, (um Artgleiches und Artfremdes nicht unterscheiden zu müssen.) In aller Bestimmtheit muß die eigentliche *Substanz* der „Persönlichkeit“ gesichert sein, und sie liegt in der Volksgebundenheit und Artgleichheit jedes mit der Darlegung, Auslegung und Anwendung deutschen Rechts betrauten Menschen. Aus den sachlichen Notwendigkeiten rechtswissenschaftlicher Arbeit heraus wird der Gedanke der Artgleichheit unser ganzes öffentliches Recht durchsetzen und beherrschen. Er gilt für das Berufsbeamtentum, wie für die an der Rechtsschöpfung und -gestaltung wesentlich beteiligte Anwaltschaft, wie für alle Fälle, in denen Volksgenossen in der Verwaltung, Rechtspflege und Rechtslehre tätig werden. Er wird vor allem auch bei der Zusammensetzung der verschiedenen neuen „Führerräte“ eine fruchtbare Zusammenarbeit gewährleisten.

Wir wissen nicht nur gefühlsmäßig, sondern auf Grund strengster wissenschaftlicher Einsicht, daß alles Recht das Recht eines bestimmten Volkes ist. Es ist eine erkenntnistheoretische Wahrheit, daß nur derjenige imstande ist, Tatsachen richtig zu sehen, Aussagen richtig zu hören, Worte richtig zu verstehen und Eindrücke von Menschen und Dingen richtig zu bewerten, der in einer seinsmäßigen, artbestimmten Weise an der rechtschöpfenden Gemein-

schaft teil hat und existenziell ihr zugehört. Bis in die tiefsten, unbewußtesten Regungen des Gemütes, aber auch bis in die kleinste Gehirnfaser hinein, steht der Mensch in der Wirklichkeit dieser Volks- und Rassenzugehörigkeit. Objektiv ist nicht jeder, der es sein möchte und der mit subjektiv gutem Gewissen glaubt, er habe sich genug angestrengt, um objektiv zu sein. Ein Artfremder mag sich noch so kritisch gebärden und noch so scharfsinnig bemühen, mag Bücher lesen und Bücher schreiben, er denkt und versteht anders, weil er *anders geartet ist*, und bleibt in jedem entscheidenden Gedankengang in den existenziellen Bedingungen seiner eigenen Art. Das ist die objektive Wirklichkeit der „Objektivität."

Solange man den Glauben haben konnte, der Richter und selbst der Verwaltungsbeamte sei nur eine Funktion normativistischer Legalität, nur der bekannte „Gesetzesanwendungsautomat", eine bloße „Konkretisierung abstrakter Normen", konnte man diese Wahrheit der Seinsgebundenheit alles menschlichen Denkens ebenso außer acht lassen wie die Situationsgebundenheit jeder menschlichen Normierung und jeder tatbestandsmäßigen Umschreibung. Der berühmte Satz des Montesquieu, der Richter sei „nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht", „*la bouche, qui prononce les paroles de la loi*", wurde im 18. Jahrhundert meistens noch mechanistisch aufgefaßt. Für unser heutiges Empfinden führt dieser Satz bereits in die Sphäre des von organischen, biologischen und völkischen Verschiedenheiten erfüllten, lebendigen menschlichen Seins. Wir sind heute empfindlicher geworden; wir sehen, wenn ich so sagen darf, die Verschiedenheit auch der Münder, die die angeblich selben Worte und Sätze sprechen. Wir hören wie sie dieselben Worte sehr verschieden „aussprechen". Wir wissen, daß dieselbe Vokabel im Munde verschiedener Völker nicht nur anders klingt, sondern auch im Sinne und in der Sache etwas anderes bedeutet und daß in Fragen der Gesetzesauslegung und der Tatbestandsaufnahme kleine Abweichungen erstaunliche Fernwirkungen haben. Trotzdem müssen und wollen wir sowohl an der rechtlich gesicherten Stellung des deutschen Beamten, wie insbesondere an der Unabhängigkeit der Richter festhalten. Daher fragen wir notgedrungen nach den *Bindungen,* ohne die alle Sicherungen und Freiheiten, jede richterliche Unabhängigkeit und vor allem auch jenes „Schöpfertum" nur Anarchie und eine besonders schlimme Quelle politischer Gefahren wäre. Wir suchen eine Bindung, die zuverlässiger, lebendiger und tiefer ist als die trügerische Bindung an die verdrehbaren Buchstaben von tausend Gesetzesparagraphen. Wo anders könnte sie liegen als in uns selbst und unserer eigenen Art? Auch hier, angesichts des untrennbaren Zusammenhanges von Gesetzesbindung, Beamtentum und richterlicher Unabhängigkeit, münden alle Fragen und Antworten in dem Erfordernis einer Artgleichheit, ohne die ein totaler Führerstaat nicht einen Tag bestehen kann.

14. Bericht über die Fachgruppe Hochschullehrer im BNSDJ

Deutsches Recht, 4. Jg., Nr. 1 (1934), S. 17

Mit der Reichsfachgruppe Hochschullehrer im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, die Ende November d. J. auf Anordnung des Reichsjuristenführers, Reichsjustizkommissar, Staatsminister Dr. Hans Frank, gegründet worden ist, ist eine völlig neue Einrichtung geschaffen worden. Die Stellung des Hochschullehrers ist bisher ausschließlich durch liberale Vorstellungen bestimmt gewesen. Der Liberalismus kennt nur eine Wissenschaft im allgemeinen, die angeblich um ihrer selbst willen vorhanden ist. Zwar stand gerade die Rechtswissenschaft von jeher in einer engen Verbindung mit der Praxis, aber diese Verbindung war doch mehr äußerlich. Die Ergebnisse der Praxis waren vorwiegend ein Objekt für die wissenschaftliche Betätigung. Der Deutschen Rechtswissenschaft fehlte ein einheitlicher Lebensgrund, der allein alle ihre Äußerungen hätte zu einer sinnvollen Einheit verbinden können. Der einzelne Hochschullehrer konnte seiner Arbeit eine nationale oder eine internationale Richtung geben. Es war ihm überlassen, ob er auf der Grundlage des Rechtspositivismus, der Interessen-Jurisprudenz oder irgendeiner anderen wissenschaftlichen Richtung arbeiten wollte. Die einzelnen Disziplinen standen ohne inneren Zusammenhang isoliert nebeneinander. Eine deutsche Rechtswissenschaft als ganzes war kaum noch vorhanden. Das Ergebnis war ein unverbindliches Gegeneinander und Durcheinander von Teilmeinungen, denn die echte Autorität fehlte, und die von den jeweiligen parteipolitischen und wirtschaftlichen Interessenten bald gebraucht und bald mißachtet wurden.

Bei diesem Zustand kann es im nationalsozialistischen Staat nicht verbleiben. Für die nationalsozialistische Weltanschauung hat nur eine Wissenschaft Sinn, die im Leben des Volkes wurzelt, und die dem Leben des Volkes dient. Die juristischen Hochschullehrer müssen sich daher in ihrer Gesamtheit der den Juristenstand tragenden nationalsozialistischen Bewegung eingliedern. Sie können sich in Zukunft nicht mehr isolieren, um sich dann weiterhin noch untereinander in die verschiedensten Fächer und Richtungen zu zerspalten, bis nichts bleibt als eine Vielheit subjektiver Meinungen. *Sie haben mit allen zur Arbeit am Deutschen Recht Berufenen eine einzige lebendige Kampfes- und Standesgemeinschaft zu bilden*. Nur von diesem Boden aus können die juristischen Hochschullehrer die Aufgaben erfüllen, die ihnen bei der Erneuerung des Deutschen Rechtslebens gestellt sind.

Die Reichsfachgruppe Hochschullehrer befindet sich noch im Aufbau. Es lassen sich daher im Augenblick nur einige Hinweise auf die Richtung der künftigen Facharbeit geben.

Die wichtigste Aufgabe der Fachgruppe ist zunächst, das kann nicht scharf genug hervorgehoben werden, dafür Sorge zu tragen, daß die juristischen Hochschullehrer von dem nationalsozialistischen Gedankengut erfaßt werden. Hier ergeben sich sehr erhebliche Schwierigkeiten, da auch heute noch die deutschen Hochschulen stark von liberalen und vielfach sogar von artfremdem Geist durchsetzt sind. Daß es der Gegner vielfach verstanden hat, sich nationalsozialistisch zu tarnen, vergrößert diese Schwierigkeit noch ganz besonders. Bevor hier nicht gründlich Wandel geschaffen worden ist, ist der Aufbau einer wahren, im Volke wurzelnden deutschen Rechtswissenschaft unmöglich. In diesen Zusammenhang gehört auch die Entscheidung über die Zukunft der zahlreichen wissenschaftlichen und sonstigen Verbände. Als organisatorische Formen des wissenschaftlichen Pluralismus werden sie aufgelöst bzw. überführt werden. Über die Einzelheiten wird von Fall zu Fall entschieden.

All das ist jedoch nur eine unerläßliche Voraussetzung, um die Einheitlichkeit des deutschen Rechtsdenkens aus nationalsozialistischem Geiste begründen zu können. Hier liegt das eigentliche Arbeitsziel der Fachgruppe, an dem mitzuarbeiten sich heute kein juristischer deutscher Hochschullehrer mehr versagen kann. Durch die nationalsozialistische Revolution haben die bisherigen Begriffe weithin ihre Grundlagen, und damit ihre Gültigkeit verloren. Sie entsprechen der Wirklichkeit nicht mehr, mag es sich um das Staatsrecht, das Strafrecht oder das bürgerliche Recht handeln. Ebenso entspricht die bisherige Trennung von Wirtschaftswissenschaft und Wirtschafts*rechts*wissenschaft nicht mehr einer Zeit, die nicht nach Zergliederung sondern nach einer neuen Einheit des Rechtsdenkens strebt. Mit der Aufgabe, das deutsche Rechtsdenken auf neue Grundlagen zu stellen, ist die Reform des juristischen Bildungswesens auf das Engste verknüpft. Reformen methodisch-pädagogischer Art können hier wenig helfen, solange nicht der Geist und der Wesensgrund der Rechtslehre erneuert ist. Die Reichsfachgruppe der juristischen Hochschullehrer wird sich daher als nationalsozialistische Kampfzelle der Neugestaltung des juristischen Bildungswesens einschließlich des Prüfungswesens in besonderem Maße annehmen. Dabei wird sie ihre Aufmerksamkeit nicht zuletzt auch der bisher kaum beachteten Reform der Lehrmittel, insbesondere der Lehrbücher zuwenden.

Die Freiheit des einzelnen juristischen Hochschullehrers in Forschung und Lehre wird durch die Reichsfachgruppe Hochschullehrer – ebensowenig wie das Eigenleben der Fakultäten – in Frage gestellt. Sie wird im Gegenteil durch die Einführung der Hochschullehrer in eine starke ständische Ordnung

erst begründet. Der Freiheit, die die Berufsstellung des deutschen Hochschullehrers auszeichnet, entspricht eine gesteigerte Verantwortung gegenüber Staat und Volk. Diese Verantwortung gehört nicht in die private Sphäre des Einzelnen; sie ist vielmehr eine Angelegenheit von Staat, Bewegung und Volk.

15. Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsstaat

Deutsches Recht, 4. Jg., Nr. 2 (1934), S. 27–30

I.

Die liberale Bewegung des 19. Jahrhunderts hat es erreicht, daß das Wort „Verfassung“ auf eine bestimmte Bedeutung beschränkt wurde. Es war einer der großen entscheidenden Siege liberaler Denkweise, daß sie sich der Worte „Verfassung“ und „Verfassungsstaat“ und vor allem auch des Wortes „Rechtsstaat“ bemächtigen konnte. Der Liberalismus hat darin seinen höchsten Triumph gefeiert, daß er die Auffassung durchsetzte, ein Staat ohne *liberale* Verfassung habe *überhaupt keine* Verfassung und sei kein Rechtsstaat. Einen Staat z. B., der statt des Grundsatzes „*nulla poena sine lege*“ – keine Strafe ohne vorheriges Gesetz – den gerechteren und vernünftigeren Grundsatz „*nullum crimen sine poena*“ – kein Verbrechen ohne Sühne – durchführt, nennt der Liberale keinen Rechtsstaat.

An diesem Punkte setzt die liberale Reaktion heute wieder an, indem sie auch dem Nationalsozialismus zu diktieren versucht, was eine „wahre“ Verfassung und ein „wahrer“ Rechtsstaat ist. Der Liberalismus beherrscht tatsächlich noch das Vokabularium weiter Kreise, und wenn wir auch hoffen, daß der westlich-demokratische, „welt“beherrschende Denk- und Wortschatz in Deutschland keinen bewußten politischen Verbündeten mehr hat, so muß man doch feststellen, daß er noch über starke unbewußte Reserven im deutschen Rechts- und Verfassungsdenken verfügt. Um so notwendiger ist es, bei der Betrachtung der heutigen Verfassungslage von vornherein mit Entschiedenheit zu betonen, daß *jede Verfassung ihren eigenen Verfassungsbegriff hat*. Der Verfassungsbegriff der Weimarer Verfassung ist nicht nur in seinen allgemeinen weltanschaulichen Prinzipien, sondern auch in der organisatorisch-konstruktiven Gestaltung des Staates etwas völlig anderes als der Verfassungsbegriff eines nationalsozialistischen Staates. Es ist also ganz selbstverständlich, daß jede Erörterung der Frage des Verfassungsneubaues mit dem einfachen Satz beginnen muß: Die Weimarer Verfassung gilt nicht mehr.

Wenn die Weimarer Verfassung nicht mehr gilt, gelten auch die ihr wesentlichen Begriffe und Einrichtungen nicht mehr. Das Wort und die Einrichtung „Reichstag“ z. B. ist nicht mehr von der Weimarer Verfassung, sondern vom heutigen Verfassungsstand her zu bestimmen. Für das Weimarer Denken ist es ganz selbstverständlich, daß der heutige am 12. November gewählte

Reichstag gar kein Reichstag ist. Der Liberale spricht überhaupt nur dann von einer Wahl, wenn eine unterschiedslose Mehrzahl staatstreuer oder auch staatsfeindlicher Parteien in freier Konkurrenz ihre Listenvorschläge präsentieren kann, wenn eben die „freie“ Wahl im Sinne der Listenfreiheit unterschiedslos für alle Parteien besteht. In dem sog. Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 (RGBl. S. 141) ist bekanntlich die „Einrichtung“ des Reichstages „als solche“ vorbehalten. Wird nun die Einrichtung des Reichstages „als solche“ mit den Begriffen und Maßstäben der Weimarer Verfassung definiert und bestimmt, so gerät man sofort in einen endlosen Disput darüber, ob dem Vorbehalt der „Einrichtung“ des Reichstages durch den heute bestehenden Reichstag genüge geschehen ist. Es ist daher durchaus nicht nur von theoretischem Wert, wenn man von Anfang an betont, daß die Weimarer Verfassung nicht mehr gilt. Alle wesentlichen Begriffe dieser Verfassung, nicht nur ihre Weltanschauung, sondern auch ihre Institutionen und ihre Organisationen, ihre Begriffe von Wahl, von Volk, von Volksvertretung, von Regierung haben heute einen anderen verfassungsrechtlichen Sinn.

Gleichwohl haben wir auch heute eine Verfassung. Freilich entspricht sie nicht dem Verfassungsschema des Liberalismus, das verlangte, daß der Aufbau und das Funktionieren der höchsten Staatsorgane schriftlich in einer Urkunde organisiert und kodifiziert sind. Es wäre weder politisch richtig noch dem Geist des Nationalsozialismus entsprechend, wenn sich Nationalsozialisten auch nur eine Sekunde lang beirren ließen und meinten, man müsse der Weimarer Verfassung doch wenigstens in der Form einer zusammenfassenden, in einer Urkunde niedergelegten Regelung ein anderes Dokument mit nationalsozialistischem Inhalt entgegenstellen. Man unterwirft sich einer dem Nationalsozialismus feindlichen Verfassungsvorstellung, wenn man sich überhaupt verpflichtet fühlt, eine solche Verfassung zu schreiben. Wir dürfen – auch nicht mit einem anderen Inhalt – das wiederholen, was die Nationalversammlung in Weimar im Sommer 1919 gemacht hat, als sie nach der vorschriftsmäßigen liberal-demokratischen Schablone eine Verfassung anfertigte, um möglichst alles – Gutes und Schlechtes – darin zu beurkunden. Die Verfassung von 1919 war ja nur der täuschende Schein einer Verfassung. Sie hat in Deutschland in Wirklichkeit von Anfang an nur mit starken Abwandlungen und Abweichungen gegolten. Sie war von Anfang an eine Fassade. Sie hatte in sich kein klares Entscheidungsprinzip. Statt eine derartige Pseudo-Verfassung vor einem ganz anders gearteten politischen Zustand aufzurichten, ist es vielmehr notwendig, die wirklichen Verfassungsverhältnisse in allen wesentlichen Punkten, soweit sie sich zur Entscheidung stellen, klar zu regeln und politisch zu entscheiden.

II.

Diesen Weg, der auch auf absehbare Zeit hin noch der richtige sein wird, ist der Nationalsozialismus während des letzten Jahres ohne feierliche Proklamationen, aber mit größter Folgerichtigkeit gegangen. Von Punkt zu Punkt, von Schritt zu Schritt wurde im entscheidenden Augenblick eine Regelung getroffen und dann das weitere der lebendigen Entwicklung überlassen. Auf diese Weise sind wir in eine völlig neuartige Verfassungslage gekommen. Wir befinden uns heute in einem ähnlichen Zustand wie das englische Volk, dessen Verfassung als vorbildlich gilt, und das sich hütet, eine Verfassung als Kodifikation zu Papier zu bringen. Wir haben eine Reihe *einzelner Verfassungsgesetze* und haben – das ist etwas ganz Großartiges und gegenüber dem vergangenen Jahrhundert Neues – *den neuen Verfassungsboden Schritt für Schritt erreicht*.

Von Woche zu Woche und Monat zu Monat hat sich das Bild der heutigen Verfassungslage deutlicher entwickelt. Die Frage, ob die Weimarer Verfassung noch gelte, wurde anfangs vielfach auch von Nationalsozialisten ohne weiteres bejaht. Dann bröckelte die Weimarer Fassade allmählich ab. Man kam natürlich von den Begriffen der Weimarer Verfassung her und hat sich zunächst noch in ihren Gleisen bewegt. Heute, nach einem Jahre, wird erkennbar, daß man schon am 30. Januar 1933, an dem Tage, an dem der Reichspräsident Adolf Hitler zum Reichskanzler ernannte, nicht mehr auf den alten Weimarer Boden zurückkehren konnte. Bei der *Ernennung Adolf Hitlers* zum Reichskanzler ist etwas auch verfassungsrechtlich wesentlich Anderes vor sich gegangen als bei der Ernennung irgendeines beliebigen anderen Reichskanzlers. Adolf Hitler hat keinen Zweifel darüber aufkommen lassen, daß er der Führer einer mit dem Anspruch auf Totalität auftretenden Bewegung ist, und nur in dieser Eigenschaft zum Reichskanzler ernannt wurde. Die Ernennung Adolf Hitlers zum Reichskanzler war deshalb ein Vorgang, der bereits über die Weimarer Verfassung hinausführte. Es ist auch *juristisch falsch*, den in der Eigenschaft als Führer einer mit dem Totalitätsanspruch auftretenden Bewegung ernannten Reichskanzler den Reichskanzlern gleichzustellen, die auf Grund irgendwelcher Koalitions- und Kompromißgeschäfte als Führer liberaler Parteien auf den Reichskanzlerposten gelangt sind. Das konnte am 30. Januar 1933 noch nicht so klar zum Bewußtsein kommen wie heute. Aber es war bereits der erste Schritt auf dem neuen Verfassungsboden.

Durch die *Wahl vom 5. März 1933* hat das deutsche Volk Adolf Hitler als politischen Führer anerkannt. Das war keine Wahl im bisherigen Sinne, wie das Dutzend vorhergehender Wahlen. Auch hier hat der Führer keinen Zweifel darüber gelassen, daß es sich um etwas Andersartiges handelte. Diese „Wahl“ war in Wahrheit eine *Volksabstimmung*, durch die das deutsche Volk

Adolf Hitler als politischen Führer anerkannte und ihm die Vollmacht für den Vierjahresplan gab.

Dann erst folgt das sogenannte *Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933* (RGBl. S. 141), durch das nun auch der Reichstag, – aber nur in Ausführung jener Volksabstimmung vom 5. März –, der Reichsregierung eine Vollmacht für vier Jahre gab. Dieses Ermächtigungsgesetz heißt nur ungenau und unrichtig Ermächtigungsgesetz. Der Reichstag war nicht mehr in der Lage, die Regierung zu etwas zu „ermächtigen“, da er selbst keine eigene, gegen den Volkswillen durchsetzbare Macht mehr hatte. Er hat in Ausführung des Ergebnisses der Wahl vom 5. März 1933 bestätigt, daß Adolf Hitler für vier Jahre freie Hand hat.

Verfassungsrechtlich ist an jenem 24. März 1933 ein ungeheurer Schritt getan worden, der von sämtlichen bisherigen Verfassungsvorstellungen weit fortführt. In diesem vorläufigen Verfassungsgesetz vom 24. März 1933 hat die Reichsregierung bekanntlich ausdrücklich die Vollmacht erhalten, *Gesetze*, und zwar sogar *Verfassungsgesetze*, im Wege des Regierungsbeschlusses zu erlassen. Das ist nur scheinbar eine Formsache. Während früher die Regierung auf Grund von Ermächtigungsgesetzen nur das Recht zu *Verordnungen* bekam, hat die jetzige Regierung die Möglichkeit, Gesetze auch im formellen Sinne des Wortes zu erlassen. Für die Begriffe einer liberalen Verfassung von der Art der Weimarer Verfassung wäre das völlig undenkbar. Es ist ein Grunddogma aller Verfassungen vom Typus der Weimarer Verfassung, daß Gesetze nur durch Beschluß oder wenigstens nur unter Mitwirkung der Volksvertretung entstehen können.

Aber auch der Inhalt des Begriffes „Reichsregierung“ hat sich gewandelt. Eine der wichtigsten Methoden des bisherigen Systems bestand darin, daß man Mehrheitsbeschlüsse faßte. Für die heutige Reichsregierung gilt das nicht mehr. Die heutige Reichsregierung arbeitet nach wesentlich anderen Methoden. Es finden Beratungen statt, die von selbst zu einem Ergebnis führen, oder die die Entscheidung des Führers vorbereiten. Es kommt aber auch vor, daß einem Minister, selbst wenn der Führer und alle anderen Minister abweichender Meinung sind, die Entscheidung überlassen wird, für die er dann natürlich auch die Verantwortung zu tragen hat. Das sind wesentlich andere Methoden, als die bisher geübte Methode der Abstimmung und Überstimmung in einem Kollegium.

Die nächste wichtige Etappe auf dem Wege des Verfassungsneubaus bilden das *Gesetz über die Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31. März 1933* (RGBl. S. 153) und das *Reichsstatthaltergesetz vom 7. April 1933* (RGBl. S. 173). Diese beiden Gesetze, – insbesondere das Reichsstatthaltergesetz –, verneinen den Bundesstaatsbegriff von Grund auf. Der Begriff des Bundes war 100 Jahre lang das Hindernis der deutschen Einigung. Im deut-

schen Bund von 1815 und im Bismarckschen Bundesstaat von 1871 war den Ländern ein Recht auf eigene Politik eingeräumt. Ein solches Recht hat der Staatsgerichtshof in Leipzig den Ländern nach der Weimarer Verfassung sogar noch im kritischen Augenblick des Jahres 1932 zugestanden, und zwar auf Grund einer rein begrifflichen Argumentation aus dem Begriff und Wesen des Bundesstaates. Er hat dabei namentlich festgestellt, daß es dem Begriff des Bundesstaates widerspricht, wenn jemals in einem Land im Namen des Reiches Staatsgewalt als Ausfluß der Reichsgewalt ausgeübt und ein Landesbeamter von einem Reichsorgan ernannt werden könne. Nur an Hand dieser Entscheidung des Staatsgerichtshofes vom 25. Oktober 1932 kann man das Reichsstatthaltergesetz verstehen. Nach dem Reichsstatthaltergesetz wird die Landesregierung vom Reichsstatthalter, also gerade von einem Reichsorgan, und zwar im Namen des Reiches ernannt. Sämtliche hohen Landesbeamten werden gleichfalls vom Reichsstatthalter im Namen des Reiches ernannt. Damit ist das bisherige bundesstaatliche System ins Herz getroffen worden. Alle Länder, auch Bayern, Württemberg und Baden, sind seit dem Reichsstatthaltergesetz auf keinen Fall mehr politische Einheiten. Sie sind nur noch *Verwaltungseinheiten*. Sobald man sich das einmal klar gemacht hat, verliert die berühmte Frage nach der „Reichsreform" einen großen Teil ihrer Aktualität. Die Frage, wie die territoriale Gliederung des Reiches verwaltungsmäßig organisiert werden soll, hat nicht entfernt mehr dieselbe Bedeutung wie bis zum Jahre 1933, wo in den Ländern eigene Regierungen und eigene Parlamente mit großem Erfolg ein Recht auf eigene Politik geltend gemacht haben. Wir stehen auch hier auf völlig neuem Verfassungsboden.

Vom gleichen Tage wie das Reichsstatthaltergesetz ist das *Beamtengesetz vom 7. April 1933* (RGBl. S. 175). Seine besondere Bedeutung liegt darin, daß es die artfremden Elemente aus der Beamtenschaft beseitigt. Damit ist der für die nationalsozialistische Weltanschauung entscheidende Grundsatz der Artgleichheit an einer der wichtigsten Stellen des öffentlichen Lebens verwirklicht worden.

Nach diesen ersten Gesetzen vom März und April 1933 ging die Entwicklung schnell weiter. Durch die *Eingliederung der Gewerkschaften in die Arbeitsfront* am 2. Mai 1933 wurden die Reste der Machtstellung beseitigt, die die Gewerkschaften im Staat besaßen. Dadurch, und durch die *Gleichschaltung der Unternehmerverbände* wurde das bisherige pluralistische Parteiensystem seiner ökonomischen Stützpunkte beraubt, während ihm durch das *Reichskonkordat vom 20. Juli* (RGBl. II S. 679) und die neue *protestantische Kirchenverfassung vom 14. Juli* (RGBl. S. 471) seine konfessionellen Stützpunkte genommen wurden. Am 14. Juli 1933 wurde das *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien* erlassen (RGBl. S. 479), ein Verfassungsgesetz, das als einzige politische Partei in Deutschland die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter-Partei anerkennt, und jeden Versuch einer Bildung neuer Par-

teien unter Strafe stellt. Ein solches Verfassungsgesetz hat eine tiefergehende Wirkung als sie irgendeinem Artikel der Weimarer Verfassung jemals zugekommen ist. Sie legt die innenpolitische Lage Deutschlands ein für allemal fest.

Zugleich mit diesem Gesetz ist das *Gesetz vom 14. Juli 1933 über die Volksabstimmung* ergangen (RGBl. S. 479). Es gibt der Regierung die Möglichkeit, unmittelbar an das Volk eine Frage zu richten. Jede Verfassungsfrage, jede politische Frage irgendwelcher Art kann auf diese Weise unmittelbar der Volksabstimmung unterbreitet werden, und zwar in einer Fragestellung und zu einem Zeitpunkt, die der Reichsregierung politisch angemessen erscheinen. Das ist folgenreicher, als es auf den ersten Blick erscheint. Es gehörte zur Eigenart des liberal-demokratischen Systems, daß politische Parteien, die keine politische Verantwortung tragen, das Monopol der Volksbefragung für sich in Anspruch nahmen, und nicht erlaubten, daß eine Regierung unmittelbar an das Volk herantrat. Die Regierungen v. Papen und v. Schleicher haben den Mangel dieses unmittelbaren Fragerechts wohl empfunden; sie konnten niemals eine Frage direkt an die Wählermassen richten. Die Regierung Adolf Hitler dagegen hat von dieser Möglichkeit in einem besonders großartigen Augenblick und für eine besonders wichtige Frage am 14. Oktober 1933 Gebrauch machen können und am 12. November 1933 die zustimmende Antwort des ganzen Volkes erhalten.

III.

Diese ganze ungeheure Entwicklung ist ohne jede Voreiligkeit und dabei doch in rascher Folge vor sich gegangen. Ihr erstes Stadium war das der *Gleichschaltung*. Es ist dadurch gekennzeichnet, daß man die bisherigen Organe des Verfassungslebens in ihrer Zusammensetzung an die neuen Zustände anpaßte, ohne ihren organisatorischen und funktionellen Mechanismus zu ändern. So traten Nationalsozialisten in die Gemeindekörperschaften ein, während der organisatorische Mechanismus der Gemeindeverfassung zunächst im alten Stile weiter funktionierte. Der Nationalsozialismus hat sich aber nicht damit begnügt alte Einrichtungen und Formen gleichzuschalten, die sich von dem Geist und den Vorstellungen ihrer Ursprungszeit nicht trennen lassen. Wir sind über das Stadium der Gleichschaltung längst hinaus und dazu übergegangen, völlig neue eigene nationalsozialistische Einrichtungen und Institutionen zu gestalten.

Der offenkundigste Ausdruck dieses neuen Stadiums ist das *Gesetz vom 1. Dezember 1933 zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat* (RGBl. S. 1016). Auch dieses Gesetz ist ein neues Verfassungsgesetz ersten Ranges. Es zeigt, daß wir nicht mehr im alten Verfassungssystem stehen, das sich auf den Gegensatz von Staat und Individuum, Staat und privater Sphäre, Staat

und staatsfreier Sphäre aufbaut, sondern in einer dreigliederig-konstruierten politischen Einheit leben, in einem Dreiklang von Staat, Bewegung, Volk. Darin liegt das Wesen der neuen Verfassung des Deutschen Reiches. Der Staat im Sinne des staatlichen Behördenapparates ist nur eines ihrer Elemente. Die Bewegung ist das staatstragende Element. Neben diesen beiden Sphären steht eine dritte Sphäre der ständischen und örtlichen Selbstverwaltung, die Sphäre des Volkes. Das ist, kurz zusammengefaßt, die dreigliedrige Struktur, die den modernen Staat des zwanzigsten Jahrhunderts überhaupt kennzeichnet. In dieser Weise sind alle modernen Staaten aufgebaut, der faschistische Staat wie der heutige nationalsozialistische Staat. Das Gesetz vom 1. Dezember 1933 ist die erste sichtbare Anerkennung dieser dreigliedrigen Verfassungskonstruktion.

Hier tritt aber auch das eigentliche neue Verfassungsproblem zutage, das unendlich wichtiger ist als das alte Problem der „Reichsreform“. Wir müssen uns daran gewöhnen, daß neben der Staatsverfassung im alten Sinne die Parteiverfassung und der ständische Verfassungsaufbau als öffentlich-rechtliche Ordnungsreihen bestehen. Die große Bedeutung des Gesetzes vom 1. Dezember 1933 liegt darin, daß es die erste Antwort auf die Frage gibt, wie sich Staat und Partei zueinander verhalten.

Das Gesetz erkennt die Partei als Körperschaft des öffentlichen Rechts an. Der wahre Sinn dieses Gesetzes ist aber nicht nur aus dem Ausdruck „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ abzuleiten. Es wäre sinnlos, wollte man den Begriff der Staatsaufsicht und die Grundsätze, die sich für die mannigfaltigen Körperschaften des öffentlichen Rechts herausgebildet haben, auf das Verhältnis von Staat und Partei übertragen. Das Gesetz stellt vielmehr klar, daß Staat und Bewegung in eins verbunden, aber nicht miteinander verschmolzen sind. Sie werden nicht von einander getrennt, aber doch von einander unterschieden. Die Partei soll nicht aufhören, Bewegung zu sein. Sie soll nicht einfach in den Organismus des Staates einmünden, um nun als Staat weiterzuleben. Das wäre für den Staat wie für die Bewegung gleich gefährlich. Sie ist die *tragende* Organisation, das dynamische Element; ihr fällt auch das ganze Risiko und die ganze Gefahr des Politischen zu.

Auch der faschistische Staat ist in diesem Punkt ähnlich verfahren. Er hat die faschistische Partei als öffentlich-rechtliche Körperschaft anerkannt und unterscheidet sie ebenfalls vom Staat. Die Partei ist ein Organ des Staates *(organo di stato)*, nicht ein Staatsorgan *(organo statale)*. Der faschistische Staat hat aber noch den weiteren Schritt getan, das Hauptorgan der Partei, den großen faschistischen Rat *(consiglio grande fascio)* unmittelbar zum Staatsorgan zu erklären. Der große faschistische Rat, in dem die Führer der Partei sitzen, hat unmittelbar *als Parteiorgan* gleichzeitig entscheidende staatsrechtliche Befugnisse. Er hat sogar Einfluß auf die Ernennung des

Nachfolgers Mussolinis. In Deutschland haben wir kein Parteiorgan, das als solches gleichzeitig Staatsorgan wäre. Stattdessen ist eine Reihe von Personalunionen geschaffen worden: der Führer der Bewegung ist Reichskanzler; eine Reihe von anderen Führern sind als Reichsminister, als Reichsstatthalter, Ministerpräsidenten und Länderminister in die entscheidenden Staatsstellen eingesetzt worden.

In diesem Zusammenhang ist auch das *Gesetz über den Preußischen Staatsrat vom 7. Juli 1933* zu nennen, das gleichfalls die Bewegung in ein staatliches Organ eingliedert. Die preußischen Gauleiter der Bewegung sind Mitglieder des Preußischen Staatsrates. Aber der Staatsrat ist nicht mit irgendeinem Organ der Partei identisch. Die Gauleiter sind kraft ihres Amtes Mitglied eines staatlichen Organs.

Die große Verantwortung der Partei für das Ganze von Staat und Volk wird an dieser Stelle deutlich. Sie ist im Wesen des heutigen Staates begründet. Der nationalsozialistische Staat ist nicht zu verstehen, wenn man nicht ständig die dreigliedrige Konstruktion von Staat, Bewegung und Volk vor Augen hat. Weder das, was man im alten Sinne Staat nannte, noch irgendein anderes Gebiet des öffentlichen Lebens, sei es die kommunale Selbstverwaltung oder die allmählich auszubauende ständische Selbstverwaltung wird auf einer anderen Grundlage stehen, als auf der Grundlage dieser dreigliedrigen politischen Konstruktion.

So zeigt die Entwicklung des letzten Jahres eine großartige Folgerichtigkeit. Nichts kann mehr mit Vertrauen erfüllen, als eine solche Betrachtung des letzten Jahres. Sie erweist, daß der Nationalsozialismus überaus klare praktische und theoretische Gestaltungsprinzipien besitzt. Er ist nicht auf die Gleichschaltung bestehender Einrichtungen angewiesen. Er hat aus seinem Geist neuartige Einrichtungen geschaffen, die unser ganzes öffentliches Leben durchdringen. Es ist heute überhaupt nicht mehr vorstellbar, daß wir jemals auch nur mit einem Schritt zu den alten Einrichtungen – und seien sie auch gleichgeschaltet – zurückkehren könnten.

Freilich erhält die Entwicklung ihre eigentliche Kraft und Bedeutung erst dann, wenn man sie in voller wissenschaftlicher Gründlichkeit durchdringt. Gerade in den Kreisen der Juristen hat die richtige Betrachtung der Verfassungsentwicklung bisher darunter gelitten, daß sich ein großer Teil von ihnen – leider vielfach auch diejenigen, die sich öffentlich mit diesen Fragen befassen – nicht aus den Denk- und Sprachgewohnheiten des Liberalismus hat herauslösen können. Das ist jedoch dringend notwendig. Je gründlicher und bewußter das geschieht, je klarer wir die dreigliedrige Verfassungskonstruktion vor Augen haben, um so sicherer erhalten wir die Denkweise, die das Verständnis der Entwicklung erschließt und eine rechtswissenschaftliche, theoretische und praktische Weiterbildung ermöglicht.

16. Das Neue Verfassungsgesetz

Völkischer Beobachter, Nr. 32 v. 1. Februar 1934

Das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30. Januar 1934, das vom Reichstag *einstimmig* beschlossen worden ist und die einmütige Zustimmung des Reichsrates gefunden hat, beginnt mit einer feierlichen Feststellung: das deutsche Volk ist, wie die Volksabstimmung und die Reichstagswahlen vom 12. November 1933 bewiesen haben, über alle innerpolitischen Grenzen und Gegensätze hinweg zu einer unlöslichen *inneren Einheit verschmolzen*.

Dieses Wort ist hier *prägnant* gebraucht. Auch in seiner Sprache unterscheidet sich nämlich der nationalsozialistische Gesetzgeber von den vorsichtigen und unentschiedenen Allgemeinheiten, in denen sich die Gesetzgebung des liberal-demokratischen Parteienstaates bewegte. Deutschland soll nicht etwa nur föderativ „verbunden" sein, die Gegensätze sollen nicht nur überbrückt oder durch Kompromisse abgeschwächt und verdeckt werden; es wird auch nicht ein bloßer „Ausgleich" zwangsweise diktiert. Alle solchen problematischen „Einheiten" werden durch das Wort verschmolzen *abgelehnt und feierlich verneint*.

Das Deutsche Reich ist *ein einziger Staat des in sich einigen deutschen Volkes*. Alle weiteren Organisationen und innerstaatlichen Gestaltungen werden sich auf dieser Grundlage entwickeln müssen. Die Frage, was aus den heute noch vorhandenen Verwaltungskörpern der einzelnen Länder – Preußen, Bayern, Württemberg usw. – werden soll, und welche neuen administrativen Gebilde an ihre Stelle treten, ist nicht mehr, wie das bisherige Problem der „Reichsreform", eine Frage des staatlichen Grundrisses; sie ist keine verfassungsrechtliche Frage mehr, *sondern nur eine teils bereits entschiedene, teils noch gesetzlich oder verordnungsmäßig durchzuführende praktische Frage der Verwaltungsorganisation*.

Das Gesetz vom 30. Januar 1934 beantwortet zwei große Fragen. Zunächst wird das bisherige Verhältnis von Reich und Ländern erledigt und die im Laufe des vergangenen Jahres geschaffene Verfassungslage teils bestätigt, teils weitergeführt. Das Gesetz stellt außer Zweifel, daß es von heute an nur noch einen einzigen deutschen Staat, nur *eine* Staatsgewalt und *eine* Staatshoheit in Deutschland gibt. Das gilt auch für alle mittelbaren Auswirkungen und alle an den Begriff Staat gebundenen rechtlichen Folge-Begriffe, wie

Staatsangehörigkeit, Hoch- und Landesverrat usw. Alles das bezieht sich jetzt *nur noch auf das Reich* und nicht mehr auf einzelne Länder.

Es wird die Aufgabe der allernächsten Zeit sein, diese Folgerungen zu ziehen und, je nachdem in der Form von Reichs- oder Landesgesetz, Rechtsverordnungen und Dienstanweisungen, die Reste des früheren Verfassungszustandes zu beseitigen. Hierfür hat der *Reichsminister des Inneren* in Art. 5 des Gesetzes eine überaus weitgehende Ermächtigung erhalten, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften zu erlassen.

Daß die Volksvertretungen der Länder aufgehoben werden, ist gegenüber der wirklichen Verfassungslage der letzten Monate keine Neuerung, denn die bei der letzten Auflösung des Reichstages mit aufgelösten Länderparlamente sind bekanntlich nicht wieder einberufen worden. *Dagegen bedeutet es einen entscheidenden weiteren Schritt, daß alle Hoheitsrechte der Länder auf das Reich übergehen*, die Landesregierungen von jetzt ab der Reichsregierung unterstehen und die Reichsstatthalter sogar der Dienstaufsicht des Reichsministers des Inneren unterstellt werden.

Die Landesregierungen bleiben also zunächst bestehen und behalten ihre Befugnisse, einschließlich der Gesetzgebungsbefugnis, im bisherigen Umfang, aber *unter* der Reichsregierung und nicht aufgrund eigener Hoheitsrechte. Auch die neuen Staatsräte, die in zahlreichen Ländern eingeführt worden sind, sind nicht beseitigt, da sie keine „Volksvertretungen" darstellen. Doch handelt es sich bei allen diesen Einrichtungen und Befugnissen der Länder von jetzt ab immer nur um einen *Ausfluss der Hoheitsrechte des Reiches*, um abgeleitete und übertragene Zuständigkeiten. Es gibt keine staatliche oder hoheitliche Machtausübung irgendwelcher Art mehr, die als ein eigenes Recht dieses Landes im Namen des Landes ausgeübt werden könnte. Dadurch werden die Landesbeamten natürlich nicht etwa ohne weiteres zu Reichsbeamten, ebenso wie ja auch z. B. Gemeindebeamten, trotz der Ableitung aller Gemeindebefugnisse vom Staat, keine Staatsbeamten sind. Es ist auch keineswegs so, als wäre vom 30. Januar 1934 ab jeder höhere Reichsbeamte der Vorgesetzte jedes Landesbeamten seines Arbeitsgebietes oder Geschäftsbereichs. Die Länderregierungen unterstehen der Reichsregierung im ganzen; sie sind den politischen Zielsetzungen und Richtlinien der Reichsregierung unterworfen, aber der einzelne Reichsminister ist noch *nicht* aufgrund des neuen Gesetzes unmittelbarer dienstlicher Vorgesetzter des einzelnen Landesministers oder der diesem Landesminister untergebenen Landesbeamten.

Der höhere Reichsbeamte kann also nicht etwa den unteren Landesbeamten heute schon unmittelbar Anweisungen und Dienstbefehle erteilen. Hierfür bedürfte es einer besonderen gesetzlichen Grundlage in einem weiteren Gesetz, für das allerdings die Bahn verfassungsrechtlich *freigemacht* ist.

Die staatsrechtliche Stellung der *Reichsstatthalter* ist dagegen bereits durch das neue Gesetz *wesentlich geändert*. Während sie bisher unmittelbar der politischen Führung und Anweisungsbefugnis des Reichskanzlers unterstanden, sind sie jetzt *die Untergebenen des Reichsministers des Inneren*. Wenn man es als das Wesensmerkmal eines „Statthalters" ansieht, daß er demjenigen, den er repräsentiert, unmittelbar unterstellt ist, so sind die Reichsstatthalter nicht mehr im eigentlichen Sinne Statthalter. Daß sie nicht Statthalter des Reichsministers des Inneren sein können, dessen Dienstaufsicht sie unterstellt werden, ist selbstverständlich; andererseits steht in der dienstlichen Ordnung zwischen ihnen und dem Reichskanzler die Dienstaufsicht des Reichsministers des Innern. Es ist natürlich eine Zweckmäßigkeitsfrage, wie weit man bei dieser Rechtslage überhaupt noch von Reichsstatthaltern sprechen kann, zumal ja auch die Hoheit der Länder, bei denen sie Statthalter sein sollten, entfallen ist. Jedenfalls zeichnet sich angesichts dieser Neuregelung wiederum, wie wohlüberlegt die Konstruktion des Reichsstatthalter-Gesetzes vom 7. April 1933 war, nach welchem *Preußen keinen Reichsstatthalter* hat, sondern in Preußen der Reichskanzler unmittelbar oder durch den Preußischen Ministerpräsidenten die Befugnisse eines Reichsstatthalters wahrnimmt. Infolgedessen untersteht zwar die Preußische Landesregierung der Reichsregierung in der gleichen, eben dargelegten Weise wie jede andere Landesregierung, nicht aber ist der Preußische Ministerpräsident wie ein Reichsstatthalter durch das neue Gesetz der Dienstaufsicht des Reichsministers des Inneren unterworfen.

Der zweite Bestandteil des Gesetzes schafft *eine legale Form zur Fortsetzung der nationalsozialistischen Revolution* im Hinblick auf das neue Verfassungsrecht überhaupt. Das vorläufige Verfassungsgesetz vom 24. März 1933 ist jetzt überholt. Dieses Gesetz enthielt eine Befristung auf vier Jahre; es sprach noch von der Möglichkeit der Ablösung der „gegenwärtigen Reichsregierung durch eine andere" und machte außerdem einige Vorbehalte, z. B. hinsichtlich der Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats „als solcher". Freilich hatte sich in Praxis und Wissenschaft längst die richtige Ansicht durchgesetzt, daß die Reichsregierung bereits nach diesem vorläufigen Verfassungsgesetz vom 24. März 1933 auch echte Verfassungsgesetze erlassen konnte. Sie hat von dieser Möglichkeit bekanntlich auch Gebrauch gemacht und schon im vergangenen Jahre die rechtlichen Beziehungen von Reich und Ländern durch das Reichsstatthalter-Gesetz auf eine neue Verfassungsgrundlage gestellt, die N.S.D.A.P. als einzige politische Partei verfassungsrechtlich gesichert, die Einheit von Staat und Partei durchgeführt und das Verhältnis von Staat, Bewegung und Volk in vielen Beziehungen rechtlich geregelt und geordnet.

Das neue Gesetz enthält demgegenüber ähnlich wie der erste, das Verhältnis von Reich und Ländern betreffende Teil in manchem *nur eine Bekräfti-*

gung des bereits im Jahr 1933 geschaffenen Rechtszustandes, außerdem aber auch eine *Weiterführung* und vor allem, wie gesagt, die Überwindung jener Vorbehalte, die das vorläufige Verfassungsgesetz vom März 1933 noch enthielt.

Die nationalsozialistische Bewegung hat also auch nach der Machtergreifung ihren Weg *mit großer Zielsicherheit verfolgt*. Sie hat den deutschen Staat und seine Einrichtungen nicht nur gleichgeschaltet, sondern aus ihrem eigenen Geiste *neugestaltet*. Manche Schriftgelehrten der vergangenen Epoche hatten eine Zeitlang geglaubt, dem Nationalsozialismus den fehlenden „Geist" liefern und ihn über Sinn und Wesen des wahren Rechtsstaates und einer wahren Revolution belehren zu können. Sie werden jetzt vielleicht erkennen, daß der Nationalsozialismus auch auf verfassungsrechtlichem Gebiet *seine eigenen Begriffe* durchsetzt und aus eigener Kraft seine folgerichtige Entwicklung bestimmt.

Nichts vermag das Vertrauen auf die Bewegung so zu stärken wie ein Blick auf die Verfassungsentwicklung des vergangenen Jahres und auf den Weg vom 30. Januar 1933 zum 30. Januar 1934. Ohne schnell geschriebene Verfassungsurkunden, ohne voreilige Verankerungen und doch in rascher und logischer Folge sind große Verfassungsgesetze Schlag auf Schlag ergangen. Schritt für Schritt ist der neue Verfassungsboden erreicht worden, und wir können sicher sein, daß die Neugestaltung Deutschlands im Jahre II des nationalsozialistischen Staates mit derselben methodischen Sicherheit weitergeführt wird.

17. Nationalsozialismus und Rechtsstaat*

Deutsche Verwaltung, 11. Jg., Nr. 3, 20. März 1934, S. 35–42

Der Führer der Deutschen Rechtsfront und des BNSDJ., Reichsjustizkommissar Minister Dr. Frank, hat gesagt, wir seien Diener des Rechts und Diener des Staates. Wir sind in der Tat beides. In der Einheit und Doppeltheit von Recht und Staat ist die Frage enthalten, die das Doppelwort „Rechtsstaat" uns allen stellt. Wir sind im Rechtsleben verwurzelt; das Recht ist unser Lebenselement. Wir sind zugleich dem Staat verpflichtet. Es muß uns daran liegen, das richtige Verhältnis von Recht und Staat kennenzulernen, zumal die Wortverbindung „Rechtsstaat" – wie viele derartige Wortverbindungen – keine Antwort auf diese eigentliche Frage enthält.

Unter Berufung auf irgendein von der staatlichen Ordnung verschiedenes Recht – ein Naturrecht, ein göttliches Recht, ein historisches oder ein zukünftiges Recht – ist mancher Staat untergraben worden. Wir sind trotzdem keine blinden Machtanbeter. Wir wissen Recht und Unrecht zu trennen und haben keinerlei byzantinische oder staatsabsolutistische Neigungen. Wir können vor allem Recht und Willkür, einen leeren Machtspruch von einem Rechtsspruch wohl unterscheiden. So bleibt das viel erörterte Problem des „Rechtsstaates" auch für uns bestehen und ist mit dem bloßen Wort „Rechtsstaat" nicht gelöst.

I.

Wir haben jedoch nicht nur ein allgemeines, theoretisches Interesse an dieser Frage, sondern noch einen anderen, ganz aktuellen Anlaß. Das Wort „Rechtsstaat" ist in den letzten Jahren, besonders in dem einen Jahre des nationalsozialistischen Staates, eifrig und heftig umkämpft worden, und der Kampf um ein Wort ist gewöhnlich ein Anzeichen dafür, daß politische Gegensätze und Machtkämpfe sich in der Form eines Wortkampfes abspielen. Sobald der Führer unserer Deutschen Rechtsfront das Wort „Rechtsstaat" ausspricht – ich habe das öfters bei größeren Versammlungen und Tagungen erlebt – ertönt meistens ein besonders lebhafter Beifall. Von dem Beifall un-

---

* Über dieses Thema äußerte sich der Verfasser auf dem Gaujuristentag in Köln am 17. Februar d. Js. Seine dortigen Ausführungen haben die Unterlagen zu vorstehendem Aufsatz gegeben.

terbrochen, geht dann manchmal die Fortsetzung seines Wortes, daß es sich natürlich um einen nationalsozialistischen Rechtsstaat handelt und die nationalsozialistischen Grundsätze unverbrüchlich sind, verloren. Der Kampf um Wort und Begriff des „Rechtsstaates“ hat dieselbe politische Bedeutung, wie der Kampf um Freiheit, Verfassung, Fortschritt usw., d. h. um die Worte und Begriffe, die von der liberalen Bewegung des 19. Jahrhunderts mit Erfolg als ihr *Monopol* in Anspruch genommen worden sind. Daß ein nationalsozialistischer Staat kein „freier“ Staat ist und keine „Verfassung“ hat, ist allen Liberalen selbstverständlich. Aber auch, daß er kein Rechtsstaat ist. Ich erinnere Sie daran, in welcher auffälligen Weise während des langwierigen, uns alle oft enttäuschenden Reichstagsbrandprozesses gegen den Reichstagsbrandstifter van der Lubbe und gegen die Kommunisten Torgler und Genossen, inländische und ausländische Zeitungen das Wort „Rechtsstaat“ gebracht haben. Am Abend vor dem Urteil belehrte uns eine dem Nationalsozialismus besonders verständnislos gegenüberstehende ausländische Zeitung darüber, daß Deutschland kein Rechtsstaat sei, wenn Torgler und Genossen nicht freigesprochen würden; van der Lubbe dürfe nicht mit dem Tode bestraft werden; auf keinen Fall dürfe er hingerichtet werden, wenn wir Wert darauf legten, ein Rechtsstaat zu sein. Am Tage nach dem Urteil wurden wir in einer anderen, ähnlich gearteten ausländischen Zeitung in ähnlicher Weise in etwa belobigt; insofern nämlich die Kommunisten Torgler und Genossen freigesprochen wurden, sei Deutschland ein Rechtsstaat; aber es fehle ihm noch manches, um ein voller und ganzer Rechtsstaat zu sein; in einem Rechtsstaat nämlich müsse der Freigesprochene auch sofort freigelassen werden, und ob Deutschland das Prädikat Rechtsstaat verdiene, sei von diesem Punkt abhängig. Derartige Erörterungen fand man unter fettgedruckten Überschriften wie „Rechtsstaat oder nicht?“, in einflußreichen Blättern deutscher Sprache.

Das Interesse an dem Begriff des „Rechtsstaates“ ist also nicht nur theoretischer Art. Bei der Frage: Rechtsstaat oder Nichtrechtsstaat? handelt es sich aber auch *keineswegs* um die Frage: Recht oder Unrecht, Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit? Hätte man jenen Publizisten, die uns über den „Rechtsstaat“ belehrten und uns diktieren wollten, was wir zu tun hätten, um in ihren Augen ein Rechtsstaat zu sein, erwidert: wir suchen in erster Linie Recht und Gerechtigkeit zu üben, so würde sich wahrscheinlich schnell gezeigt haben, daß zwischen Rechtsstaat und Gerechtigkeit ein großer Unterschied besteht und daß die Frage der wahren Gerechtigkeit nicht soviel politisches Interesse erregt, wie bestimmte Methoden formaler *Gesetzlichkeit*, die man, ohne Rücksicht auf das Recht der guten Sache, als „rechtsstaatlich“ hinstellt, obwohl sie, im bewußten Gegensatz zum Gerechtigkeitsstaat, gerade nur „gesetzesstaatlich“ sind.

Jeder sieht ein, daß es eine Forderung der Gerechtigkeit ist, Verbrechen zu sühnen. Denjenigen aber, die im Falle van der Lubbe fortwährend vom

„Rechtsstaat" sprachen, lag offenbar nicht in erster Linie daran, daß ein übles Verbrechen die gerechte Sühne fand. Es lag ihnen an etwas anderem, was nicht dasselbe ist, ja, nach Lage der Sache sogar zu dem Gegenteil einer gerechten Sühne führen kann, nämlich an dem „rechtsstaatlichen" Grundsatz: *keine Strafe ohne Gesetz*, *nulla poena sine lege*. Demjenigen, der in der Sache gerecht denkt, liegt daran, daß *kein Verbrechen ohne Sühne* bleibt. Ich setze diesem rechtsstaatlichen „*nulla poena sine lege*" den Gerechtigkeitssatz „*nullum crimen sine poena*" entgegen. Die Diskrepanz zwischen „Rechtsstaat" und gerechtem Staat wird dann sofort sichtbar. Vor die offenkundige substantielle Gerechtigkeit der Sache schiebt sich mit Hilfe des Begriffes „Rechtsstaat" eine Reihe von formalen Methoden, Grundsätzen, Normen und Einrichtungen, bei denen es nicht auf Gerechtigkeit, sondern vor allem auf „Rechtssicherheit" ankommt, die aus dem Rechtsstaat einen bloßen Gesetzesstaat machen und es trotzdem, unter offenem Verzicht auf die Gerechtigkeit in der Sache, für sich in Anspruch nehmen, „rechtsstaatlich" zu sein. Ein typischer „Rechtsstaatler", der liberale Strafrechtslehrer und Rechtsphilosoph *Gustav Radbruch*, sagt ganz offen: „Nur der sollte sich dem Beruf des Richters zuwenden, der sich mit dem entsagungsvollen Bewußtsein durchdrungen hat, daß *der Richter nicht Diener der Gerechtigkeit, sondern nur der Rechtssicherheit* ist." Der liberale Individualist denkt gesetzesstaatlich, normativistisch, weil er keinem Menschen, keinem Führer und König traut, sondern sich an fixierte, unverbrüchliche vorherbestimmte, berechenbare feste Regeln hält. Dann erst fühlt er sich in Sicherheit und spricht er von einem „Rechtsstaat".[1]

Der Widerstreit von gerechtem Staat und formalem Gesetzesstaat ist also leicht zu erkennen. Daß wir alle irgendwie einen „Rechtsstaat" wollen, ist selbstverständlich. Wenn aber um dieses Wort so heftig gekämpft wird, handelt es sich vielmehr darum, wer sich des eindrucksvollen Wortes „Recht" bemächtigt, um damit seine Auffassungen von Recht und Staat durchzusetzen und die starke suggestive Macht über die Gemüter der Menschen, über die öffentliche Meinung der Welt, über die Empfindungen und das Rechtsgefühl auszuüben, die Worte wie Recht, Freiheit, Rechtsstaat usw. nun einmal haben. Die Weltgeschichte ist nicht nur ein Kampf militärischer Waffen und nicht nur ein Kampf wirtschaftlicher Machtmittel; sie ist auch ein Kampf der Begriffe und Rechtsüberzeugungen. Ein solcher Kampf ist keine leere Wortspielerei. Es geht um Sieg und Niederlage, Freund und Feind. Sobald ein Wort derartig umstritten ist wie das Wort Rechtsstaat, kann man sicher sein, daß echte politische Gegensätze und nicht etwa nur das „reine Recht" eines „rein juristischen" Interesses im Spiele ist und daß man sich der Logik ganz bestimmter Rechts- und Staatsideale und ganz bestimmter Denkweisen ausliefert, wenn man ein solches Wort gedankenlos übernimmt.

---

[1] Vgl. Henkel, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934.

II.

Woher kommt dieses Interesse an dem Rechtsstaat? Woher kommt überhaupt in Deutschland das Wort „Rechtsstaat"? Wer hat es eingeführt? Gegen wen ist es gerichtet und welchen Gegenbegriff hat es polemisch im Auge?

Das Wort „Rechtsstaat" ist kein jungfräuliches Wort mehr. Es ist liberaler Herkunft und – wie Freiheit, Fortschritt, Verfassungsstaat und Ähnliche, an sich sehr schöne Worte – im Laufe des 19. Jahrhunderts ganz vom liberalen Geiste imprägniert. Wendungen, die den Gedanken des „Gerechten Staates", oder „Gerechten Gemeinwesens", das *„justitia fundamentum regnorum"*, umschreiben, sind natürlich ewig und kommen bei allen Völkern und zu allen Zeiten vor. Die Prägung „Rechtsstaat" dagegen ist sehr neu und nicht viel mehr als hundert Jahre alt. Bei dem Philosophen des „Rechtsstaates", bei Kant, findet man die Bezeichnung des Staates als einer „Rechtsanstalt", eines „Vereins unter Reichsgesetzen"; aber die entscheidende Prägung „Rechtsstaat" dringt erst im 19. Jahrhundert durch. Jedes Lehrbuch des Staatsrechts oder des Verwaltungsrechts sagt uns, daß der „Rechtsstaat", im Gegensatz zu dem Polizeistaat des 18. Jahrhunderts, ein Staat ist, der sich auf den Rechtsschutz beschränkt. Aber für den Ursprung der Wortprägung „Rechtsstaat" ist noch etwas anderes von Bedeutung: Dreißig Jahre lang, etwa von 1820 bis 1850, dient der Begriff Rechtsstaat als Gegenbegriff gegen verschiedene nichtliberale Staatsauffassungen und wendet sich sowohl gegen die Restaurationsversuche der Zeit nach 1815, gegen den „patrimonialen" Staat, wie gegen den demokratischen Volksstaat, wie vor allem auch gegen den Versuch, nach der Invasion der liberalen Ideen von 1789, wieder einen Staat auf *christlicher* Grundlage aus christlich-religiösen Gedanken heraus zu gestalten und die Totalität des Staates aus der Totalität der Religion eines christlichen Volkes zu gewinnen. Hiergegen richtet sich der „Rechtsstaat" in dem Sinne, daß der Staat nicht Religion und Christentum, sondern nur ein allgemein menschliches, humanes, von Menschen gemachtes Recht zu verwirklichen und durchzusetzen habe. Staatsrechtslehrer wie *Bluntschli* und *Held* beschäftigen sich noch in der Zeit um 1850 und 1860 mit dieser interessanten, inzwischen in Vergessenheit geratenen, aber keineswegs unwesentlichen Bedeutung des Wortes Rechtsstaat. Natürlich hat es auch nicht an ausgleichenden Begriffsdiplomaten gefehlt, die daraufhin einfach die Wortkombination „christlicher Rechtsstaat" fabrizierten. Ich möchte nur eine besonders wichtige Belegstelle zu dem damaligen konkreten antichristlichen Sinn des Wortes Rechtsstaat mitteilen. Wie auch sonst öfters, findet sich hier der echteste Ausdruck eines richtigen Gefühls nicht bei berufsmäßigen und beamteten Vertretern, sondern bei einem Laien, allerdings einem Laien hervorragender Art. Ich meine den großen Schweizer Dichter des 19. Jahrhunderts, der sowohl sein alemannisches Volk wie seine Zeit am besten gekannt hat, *Jeremias*

Gotthelf. Er gibt uns die interessantesten Belege für den Gegensatz von Rechtsstaat und christlichem Staat. Dieser echte, ganz in seinem Volke wurzelnde Schweizer Pfarrer spricht mit solcher Empörung vom „Rechtsstaat", daß der tiefe Abgrund sichtbar wird, der den Begriff des Rechtsstaates von dem des gerechten Staates trennt. Im Rechtsstaat sieht Gotthelf die Quelle unseres Unglücks. „Eben dieser Idee des Rechtsstaates haben wir den größten Teil unserer Zustände zu verdanken, sie trägt die größte Schuld an den zerrissenen Verhältnissen, an den zerklüfteten Ständen, an der schauerlichen Engherzigkeit, sie ist die legale Sanktion der Selbstsucht und das zersetzende, zerstörende Element der menschlichen Gesellschaft." Der Rechtsstaat hat unser Recht zerschmettert, hier ist „vor lauter Recht kein Recht mehr". Unter dem Schein des Rechts wird der Arme der Grausamkeit des Wucherers überlassen, der Fleißige und Sparsame um seine Sache betrogen, der Wucherer mit dem Schilde der Gewerbsfreiheit gedeckt. „Wir sind", heißt es wörtlich, „weder ein ackerbauender noch ein christlicher Staat mehr, sondern ein Rechtsstaat". „Der christliche Staat", heißt es ebenfalls wörtlich, „verhält sich zum Rechtsstaat wie eine Blume zu einem Knebel." Diese Äußerungen[2] sind Beispiele dafür, wie ein kerngesunder, deutscher Dichter das Wort Rechtsstaat empfand, und zwar nicht irgendwo in einem Industriebezirk, sondern mitten in der Schweiz, die damals noch ein Bauernstaat war.

Das erste Stadium des Wortes und Begriffes Rechtsstaat in unserer deutschen Sprache ist weltanschaulich, und zwar vor allem auch durch diesen Gegensatz zum christlichen Staat gekennzeichnet. Es folgt ein *zweites* Stadium, das man als das *staatswissenschaftliche* bezeichnen kann. Große und bedeutende deutsche Gelehrte, wie *Robert Mohl, Lorenz v. Stein, Rudolf Gneist*, bedienen sich dieses Wortes, um das eigentliche Problem des deutschen 19. Jahrhunderts zu lösen, nämlich die Versöhnung und Verbindung von deutschem Staat und bürgerlicher Gesellschaft. In dieser ganz spezifischen Situation, angesichts der Frage der Eingliederung der bürgerlichen Gesellschaft, bürgerlicher Bildung und bürgerlichen Besitzes in den damaligen monarchistischen Militär- und Beamtenstaat, erhebt sich wiederum das Wort „Rechtsstaat" und wird jetzt zum Ausdruck der Bemühungen, bürgerliche Gesellschaft und Staat zu verschmelzen. Es handelt sich dabei um das, was unser Führer Adolf Hitler in seiner Reichstagsrede vom 30. Jan. 1934 als den „bürgerlich-legitimistischen Kompromiß" bezeichnet hat, um den Versuch, den überlieferten deutschen Militär- und Beamtenstaat mit der industriellen Gesellschaft und dem gebildeten und besitzenden Bürgertum zu verbinden. Der nachrückende Arbeiter spielt in dieser Fragestellung noch keine ei-

---

[2] Weitere Beispiele und Belege in dem Aufsatz von *Oswald*, Jeremias Gotthelf und das Recht, in der Zeitschrift Deutschlands Erneuerung, Dez. 1933, S. 747 f., dem ich den Hinweis auf J. Gotthelf verdanke.

gene Rolle und unterstellt sich der bürgerlichen Führung. Auch hier wieder entsteht ein bestimmter, konkreter Gebrauch des Wortes Rechtsstaat. Dieser Rechtsstaat soll ein Staat sein, in dem Staat und bürgerliche Gesellschaft organisch verbunden sind und der Dualismus beider, der fortwährende, offene oder latente Konflikt zwischen Staat und Bürger, Regierung und Parlament, Exekutive und Legislative durch „integrierende" Einrichtungen und Methoden überwunden ist.

Dann erst tritt das uns allen aus unserem Rechtsstudium und aus den verwaltungsrechtlichen Lehrbüchern bekannte *dritte, das positivistische* Stadium ein: Der Rechtsstaat ist ein Staat, der gewisse organisatorische Einrichtungen hat, um den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Justiz und Verwaltung zu sichern, ein Staat, der die Unabhängigkeit der Richter garantiert, eine Verwaltungsgerichtsbarkeit hat und in welchem der Bürger genau und sicher weiß, „wessen er sich vom Staat zu versehen hat" (*Otto Mayer*). Ich möchte nachdrücklichst darauf hinweisen, daß auch auf dieser letzten Stufe nicht etwa nur isolierbare und abkapselbare Einrichtungen mit dem Namen Rechtsstaat bezeichnet werden, sondern der Begriff „Rechtsstaat" trotz allem „Positivismus", ganz im Rahmen einer umfassenden, totalen Staats- und Gesellschaftskonstruktion steht. Das wird am besten in folgenden Sätzen von *Anschütz*, einem Klassiker des liberalen Rechtsstaats, erkennbar. Er sagt:

„Der Verfassungsstaat will vor allem ein Rechtsstaat sein: ein Staat, welcher ganz im Zeichen des Rechtes steht, dessen oberster Wille nicht *Rex*, sondern *Lex* heißt; ein Gemeinwesen, wo die Beziehungen der Einzelnen nicht nur unter sich, sondern vor allem zur Staatsgewalt durch Rechtssätze bestimmt sind, wo es also auch beim Regieren und Regiertwerden nach Recht und *Gesetz* und nicht nach dem *tel est notre plaisir* der regierenden Person abgeht. Diese Ideen fordern mit Notwendigkeit die *organisatorische Abtrennung der rechtsetzenden Staatsfunktion von Regierung* und Justiz, denn es wäre ein Widerspruch in sich, denjenigen, die berufen sind, das Gesetz zu erfüllen, die Vollmacht zu belassen, es aufzuheben. Die Rechtsordnung muß auch, der Krone gegenüber zur Unverbrüchlichkeit gebracht werden' (*v. Martitz*), das Gesetz als Macht erscheinen, welche dem Willen der beherrschten wie der herrschenden Personen *gleichermaßen übergeordnet* ist. Dies läßt sich nicht anders erreichen, als durch die *Trennung* von Legislative und Regierung."[3]

Wir müßten danach heute sagen: Rechtsstaat ist nur ein Staat, in welchem nicht ein Führer persönlich, sondern eine Reihe von unpersönlichen gesetzlichen Normierungen herrscht. Der Rechtsstaat als *Gesetzesstaat* ist hier ein

[3] Deutsches Staatsrecht in der Enzyklopädie von *Holtzendorff-Kohler*, Bd. II (1904) S. 593.

spezifischer *Gegenbegriff* gegen jede Art *von Führerstaat*; *Lex* steht gegen *Rex* und *Dux* und jedes „persönliche Regiment".[4] Die zu einem derartigen Rechtsstaat gehörige organisatorische Trennung von Gesetzgebung und Regierung ist im nationalsozialistischen Staate aufgehoben. Heute kann die Reichsregierung Reichsgesetze beschließen. Wo aber die Gesetzgebung in der Hand der Regierung ist, besteht für die überlieferte, liberale Auffassung kein Rechtsstaat. Die alte liberale Lehre von der Teilung der Gewalten hat sich des Wortes Rechtsstaat bemächtigt und versucht, eine typisch liberale, jedes echte Führertum vernichtende gesetzesstaatliche Konstruktion als allein „rechtsstaatlich" dem Rechtsdenken der Zeit zu oktroyieren.

Mit diesem Versuch hat der Liberalismus auch in Deutschland weitgehend Erfolg gehabt, und das Rechtsdenken beherrscht. In dem sonst so großartigen preußischen Soldatenstaat lag die juristische Ausbildung der staatlichen Beamten in den Händen liberaler, bestenfalls nationalliberaler Juristen, denen der liberale Begriff von Rechtsstaat mehr oder weniger selbstverständlich war.[5] Was uns aber heute noch an dieser Denkweise interessiert, ist, daß auch im positivistischen, angeblich unpolitischen Staatsrecht der Begriff Rechtsstaat eine totale, und zwar total liberale Auffassung von Staat und Gesellschaft voraussetzte. Man kann die liberalen Forderungen der Unabhängigkeit der Gerichte und ihrer Bindung an das Gesetz, der Bindung aller Behörden in Justiz und Verwaltung an vorher bestimmte, berechenbare Normen, der Herrschaft des Gesetzes und größter „Rechtssicherheit", nicht von der sonstigen Staatsstruktur isolieren, denn es fragt sich selbstverständlich immer, *woher* das *Gesetz* kommt, das ausschließlich und unverbrüchlich gelten soll, und wer die allein „herrschenden" Gesetze macht. Der liberale Staatsrechtslehrer antwortet darauf, daß das Gesetz natürlich nicht von der Regierung kommen darf, und da wir heute verfassungsmäßig Regierungsgesetze haben, die Reichsregierung Gesetze mit voller Gesetzeskraft beschließen, ja sogar Verfassungsrecht setzen kann, so wäre nach dieser Auffassung die Frage bereits entschieden und das heutige Deutsche Reich schon deshalb kein Rechtsstaat, weil die Reichsregierung nicht etwa nur Verordnungen kraft begrenzbarer „Ermächtigung", sondern echte Gesetze, denen sie unterworfen ist, selber machen und wieder aufheben kann.

So stand es mit dem Worte Rechtsstaat bis zum Jahre 1933. Um es nochmals zu wiederholen: wir müssen wissen, was wir in die Hand nehmen und

---

[4] Wer die von *G. A. Walz* geprägte, ausgezeichnete Formel „völkischer Führerstaat" übernimmt, müßte sich eigentlich auch an Walz' Kritik des Begriffs „Rechtsstaat" O.Z.Z. 1933 Sp. 13387 halten.

[5] Hierfür enthält das Buch von *Frh. Marschall von Bieberstein*, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn (Berlin 1911), aufschlußreiche Beispiele; sie berühren unmittelbar die Lebensfrage des damaligen preußischen Soldatenstaates.

welcher Art Logik wir uns unterwerfen, wenn wir uns des Wortes „Rechtsstaat“ bedienen. Geschichtlich festgelegte Ausdrücke sind nicht leicht aus ihrem bisherigen Gedankenzusammenhang zu lösen. Ich will nicht so weit gehen wie *Julius Binder*, der sagt, daß solche historischen Begriffe „einer nachträglichen Veränderung ihres Inhalts unfähig“ sind.[6] Aber man wird doch nicht verkennen, wieviel an fremder Denkweise unversehens einfließt, wenn derartig festgelegte Worte weiter gebraucht werden.

Das Wort Rechtsstaat ist eine Wortverbindung, die zwei Worte verkoppelt, deren begriffliche Beziehung gerade in Frage steht. Es gibt gute und schlechte Wortverbindungen. Ein Beispiel einer guten Wortverbindung ist das Wort Nationalsozialismus; es beantwortet nämlich die beiden großen Fragen des letzten Jahrhunderts, die nationale und soziale Frage, und überwindet sowohl die reaktionären wie die internationalistischen Auseinanderreißungen des Nationalen und des Sozialistischen. Dadurch ist eine Einheit bezeichnet, die wir nötig haben, um heute einen deutschen Staat zu gestalten. Aber es gibt auch andere, schlechte Wortkombinationen, und die Frage ist eben, ob das Wort „Rechtsstaat“ zu den guten, in sich selbst eindeutigen Wortverbindungen gehört oder nicht. Ich glaube, daß es schon deshalb keine gute Wortverbindung ist, weil es sich, wie wir eben sahen, nicht selber genügt. Mit wissenschaftlicher Verantwortlichkeit kann man niemals von *dem* Rechtsstaat sprechen. Es gibt Dutzende und aber Dutzende von Rechtsstaaten, einen feudalen, einen ständischen, einen feudal-ständischen, einen rein bürgerlichen, einen liberal-demokratischen, einen sozialen, einen national-liberalen, einen faschistischen usw. Rechtsstaat. Auch nach Nationen ist der Begriff wiederum verschieden; es gibt einen französischen, einen amerikanischen, einen englischen usw. Rechtsstaat. Man kann also nur durch ein in sich klares, eindeutiges *Beiwort* dem Begriff seine Vieldeutigkeit nehmen und ihn damit der Gefahr der Mißverständnisse entziehen[7].

Unter dieser Bedingung allerdings kann man das Wort gelten lassen. Unbedingte Voraussetzung ist jedoch, daß jeder, der sich des Wortes Rechtsstaat bedient, nun auch das erforderliche Beiwort hinzufügt und nicht mehr nur

---

[6] So (mit Bezug auf das Wort „Demokratie“) in „Der deutsche Volksstaat“, Tübingen 1934, S. 17 Anm.

[7] Sowohl im faschistischen Italien wie im nationalsozialistischen Deutschland hat sich die Frage erhoben, ob der neue, nicht mehr liberale Staat ein Rechtsstaat ist. In Italien hat besonders *G. del Vecchio* den rechtsstaatlichen Charakter des faschistischen Staates verteidigt. In Deutschland sprechen vom „nationalsozialistischen Rechtsstaat“: *O. Koellreutter*, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, Tübingen 1933; *B. Dennewitz*, Das nationale Deutschland ein Rechtsstaat. 1933; *H. Gerber*, Staatsrechtliche Grundlinien des Neuen Reiches, Tübingen 1933. Der Unterschied von gesetzesstaatlichem Rechtsstaat und Führerstaat ist in dieser Literatur noch nicht erörtert worden.

vorsichtig von einem nationalen, oder sozialen, oder nationalsozialen, sondern vorbehaltlos von dem einen *nationalsozialistischen deutschen Rechtsstaat* spricht. Dann liegt der Fall klar, weil die *konkrete Staatsstruktur und die grundlegenden Begriffe des Gesetzes, des Staatsbürgers, der Grund- und Freiheitsrechte* usw. außer Zweifel stehen. Dann können wir uns auch über einzelne Einrichtungen verständigen, die man in der Praxis vielfach meint, wenn man die Forderung nach einem Rechtsstaat erhebt: über die Unabhängigkeit der Gerichte, über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Justiz und Verwaltung, über die Frage, wieweit es einer gesetzlichen Grundlage zu staatlichen „Eingriffen“ bedarf und wieweit Staat und Bewegung vor ein Gericht gezogen werden können.

III.

Wir bestimmen also nicht den Nationalsozialismus von einem ihm vorgehenden Begriff des Rechtsstaates, sondern umgekehrt den Rechtsstaat vom Nationalsozialismus her.

Jede Abweichung von diesem klaren Satz führt zu Erschleichungen und Unterschiebungen, die dem nationalsozialistischen Staat von außen her vorzuschreiben suchen, was er zu tun hat, um ein Rechtsstaat zu sein. Erst nach dieser Klarstellung können wir von formal-organisatorischen Einrichtungen und Sicherungen sprechen, wie Unabhängigkeit der Gerichte oder Gesetzmäßigkeit der staatlichen Justiz und Verwaltung, die man als Kennzeichen eines Rechtsstaates in einem formalen Sinne d. h. eines Gesetzesstaates ansieht.

Wir erkennen also selbstverständlich den Grundsatz der Unabhängigkeit des Richtertums an, auch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, aber wir können weder unsere Gerechtigkeitsvorstellungen, noch unsern Gesetzesbegriff, noch unsere Begriffe von Staatsbürger und staatsbürgerlicher Gleichheit noch unsere Grundrechte, noch endlich das Verbot jeder, außerhalb der NSDAP. vorgenommenen parteipolitischen Betätigung, durch einen fremden Begriff von Rechtsstaat trüben lassen.

Halten wir uns an solche formalen Kennzeichnungen, so ist der heutige nationalsozialistische Staat zweifellos ein musterhafter Rechtsstaat, vielleicht sogar mehr als die meisten anderen Länder der Erde. Der Leipziger Reichstagsbrandprozeß hat bewiesen, daß wir mit diesem Respekt vor den formalen Einrichtungen des Rechtsstaates bis an die Grenze offenen Unrechts gehen. Wir haben uns mit großer Geduld dieses Gerichtsverfahren gefallen lassen; wir haben es ertragen, daß ein ausländischer Agitator uns vor Gericht verhöhnte; wir haben die ganze Prozedur hingenommen, weil wir es uns leisten konnten. *Wir haben uns aber nicht einem fremden Begriff von Rechtsstaat geistig unterwerfen wollen.* In der parteiamtlichen Äußerung vom 24. De-

zember 1933 über dieses Leipziger Urteil, das ein offensichtliches Fehlurteil ist, wird kein Zweifel über diese Seite der Sache gelassen. Die Tatsache eines solchen Verfahrens beweist, in welchem Maße bei uns ein formalorganisatorisch-gesetzesstaatliches Ordnungssystem herrscht.

Eine Reihe von authentischen und autoritären Erklärungen von Reichsministern und hohen Beamten des nationalsozialistischen Staates hat außer Zweifel gestellt, daß kein staatlicher Beamter, sei er Richter oder Verwaltungsbeamter, *unmittelbar*, d. h. ohne Vermittlung oder Umschaltung durch ein positives staatliches Gesetz, die Grundsätze des nationalsozialistischen Parteiprogramms bereits als positive Rechtsnorm durchführen und vollstrekken kann. Eine vielzitierte Äußerung des Staatssekretärs *Freisler* (Deutsche Justiz 1933 Heft 49) betont, daß der Richter nur das Recht der im Volksstaat durch den Führer *gesetzten Normen* anzuwenden hat. Es bedarf demnach einer besonderen Umschaltung durch ein Gesetz, das heute meistens ein Regierungsgesetz sein wird, um die an das Gesetz gebundene staatliche Behörde zur Durchführung nationalsozialistischer Programmsätze zu berechtigen. Es hat vielleicht manchem Nationalsozialisten eine Enttäuschung bereitet und Anlaß zur Ungeduld gegeben, als er hörte, daß die Verwirklichung mancher Programmpunkte, wenigstens soweit es sich um die staatlichen Behörden handelt, noch keineswegs hundertprozentig unmittelbar effektiv ist, daß immer noch Ehen zwischen Juden und Deutschen geschlossen werden, daß der Amtsrichter den Standesbeamten, der sich etwa weigert, eine derartige Eheschließung zu beurkunden, immer noch anweist, die Beurkundung vorzunehmen, daß auf vielen Gebieten des Rechtslebens die Nichtariereigenschaft nicht ohne weiteres ein wichtiger Kündigungsgrund ist usw. Und mancher, der Grund und Anlaß hatte, vor einer unmittelbaren Anwendung nationalsozialistischer Grundbegriffe zu zittern, wird aufatmend feststellen, daß wir ein „Rechtsstaat" sind. Wir sind es tatsächlich. Wir sind auch in diesem gesetzesstaatlichen Sinne ein Rechtsstaat und haben das Recht, mehr als die meisten anderen Völker, unsern Staat als Rechtsstaat zu bezeichnen, wenn man darunter einen Staat versteht, in dem es streng und unverbrüchlich nach Gesetz und Ordnung zugeht.

Wir dürfen aber bei der Feststellung, daß wir in diesem Sinne ein Rechtsstaat sind, folgendes nicht übersehen:

1. Die Revolution ist gemäß den bekannten Erklärungen vom Juli 1933 zu Ende, aber die *Bewegung ist nicht zu Ende*. Alle sog. rechtsstaatlichen Einrichtungen und Normen, die wir anerkennen, beruhen darauf, daß im Interesse der Ordnung, und zwar gerade *der Ordnung eines nationalsozialistischen Staates*, gesetzesmäßig funktionierende Einrichtungen notwendig sind. Aber wir unterwerfen uns dabei, wie gesagt, nicht etwa geistig dem Herrschaftsanspruch des bisher in Deutschland herrschenden und in liberaldemokratisch

verfaßten Staaten noch heute herrschenden Begriffs von Rechtsstaat, der folgerichtig dazu führt, daß nur ein nach liberalen Grundsätzen konstruierter Staat als ein Rechtsstaat bezeichnet wird. Wir haben jene formal-organisatorischen Einrichtungen, um es nochmals zu sagen, *nur auf der Grundlage und im Rahmen der Gesamtstruktur unseres nationalsozialistischen Staates, nur auf der Grundlage und im Rahmen der dreigliedrigen Einheit von Staat, Bewegung und Volk*. In diesem Aufbau, nicht in der Zweigliedrigkeit von Staat und bürgerlicher Gesellschaft, steht unser Staat, also auch unser Rechtsstaat. Er ist ein von der staat- und volktragenden Bewegung getragener Staat. Der Staat ist nur eine von mehreren Ordnungsreihen; er ist nicht allmächtig, nicht das, was der Staat des 18. Jahrhunderts war. *Er ist als Ganzes ein Organ des Führers der Bewegung*. Die staatlichen Organe in Justiz und Verwaltung, die in solcher Weise „rechtsstaatlich" eingerichtet und organisiert sind, dürfen sich keinem Zweifel und keinem Mißverständnis darüber hingeben, daß sie die Organe eines Staates sind, der seinerseits als Ganzes *Organ* ist. Im Rahmen dieses deutschen Staates stehen heute die Einrichtungen, die wir als rechtsstaatliche Einrichtungen bezeichnen. So sicher wir in dem Sinne ein Rechtsstaat sind, daß Gesetzmäßigkeit der staatlichen Justiz und Verwaltung und Unabhängigkeit der Gerichte bei uns außer Zweifel stehen, so sicher und selbstverständlich sind alle diese Einrichtungen nur Bestandteile des von der totalen Bewegung getragenen nationalsozialistischen Staates. Daher ist insbesondere unser *Gesetzesbegriff* etwas wesentlich anderes als der vorhin erwähnte, auf der Gewaltentrennung von Legislative und Exekutive beruhende liberal-rechtsstaatliche Gesetzesbegriff. Wir haben heute Regierungsgesetze, sogar Regierungsverfassungsgesetze, die in vollem Sinne formale und materielle Gesetze sind, obwohl sie nicht auf einem Parlamentsbeschluß, sondern auf dem Beschluß der von Adolf Hitler geführten Reichsregierung beruhen, und einen andern Gleichheitsbegriff voraussetzen, als die liberaldemokratische „Gleichheit vor dem Gesetz."

2. Heute steht, wie schon betont, außer Zweifel, daß eine *unmittelbare* Anwendung der Grundsätze des nationalsozialistischen Programms durch den Richter und den Verwaltungsbeamten nicht zulässig ist. Diese haben sich an das geltende Gesetz zu halten. Die nicht ausdrücklich aufgehobenen Gesetze gelten weiter. Staatssekretär *Freisler* hat das mehrfach festgestellt. Ich fürchte aber, daß der besonders laute Beifall, den ihm bestimmte Zeitungen dafür gespendet haben – ähnlich wie der eingangs erwähnte Beifall – auf kleinen Mißverständnissen oder sogar auf kleinen Deutungs- und Festlegungsversuchen beruht. Diese lassen sich freilich schnell korrigieren. Bei der Weitergeltung der nicht ausdrücklich aufgehobenen Gesetze handelt es sich nämlich darum, daß solche Gesetze zwar weitergelten, aber *nur als Funktionsnorm des staatlichen Behördenapparates, nicht mit dem Geist und den Grundsätzen, die ihnen im alten Staat zugrunde lagen*. Es wäre nicht zuläs-

sig, mit Hilfe der tausend weitergeltenden Bestimmungen einen ihnen früher zugrunde liegenden Geist der Vergangenheit, der wahrscheinlich liberaler Art und Natur ist, zu konservieren und dem nationalsozialistischen Geist entgegenzuhalten, um klare nationalsozialistische Grundbegriffe zu untergraben oder bedeutungslos zu machen. Das gesamte heutige deutsche Recht, einschließlich der weitergeltenden, positiv nicht aufgehobenen Bestimmungen, muß ausschließlich und allein vom Geist des Nationalsozialismus beherrscht sein. Das ist das *erste Auslegungsprinzip*, das wir auch gegenüber dem ungeheuren Komplex positiv weitergeltender Normen im Auge behalten müssen. Jede Auslegung muß eine *Auslegung im nationalsozialistischen Sinne* sein. Ich bin der Ansicht, daß das RG. in seiner bekannten Entscheidung vom 21. Dezember 1933 über den Gebrauch des Wortes „Deutsch“ als Firmenbezeichnung gegen diesen einfachen und selbstverständlichen Auslegungsgrundsatz auf das schwerste verstoßen hat[8]. Mit der Begründung, daß die nicht aufgehobenen Gesetze weitergelten, darf nicht ein Weiterleben des alten Geistes erreicht werden. Sonst zieht die Weitergeltung der aus der Vergangenheit stammenden Normen eine Invasion fremden, schädlichen und gefährlichen Geistes nach sich, gefährlich nicht etwa in dem Sinne, daß damit der Sieg des Nationalsozialismus bedroht sein könnte, wohl aber gefährlich wegen der Verwirrung, die daraus in der juristischen Praxis und im Rechtsleben entstehen muß, und wegen der schweren Verletzung des Rechtsempfindens unseres Volkes, das längst nationalsozialistisch geworden ist.

3. Wenn auch die nicht ausdrücklich aufgehobenen Gesetze weitergelten, wenn wir also für die unmittelbare behördenmäßige Anwendung der nationalsozialistischen Grundsätze neue ausdrückliche Gesetze abwarten müssen – und diese Gesetze werden nicht ausbleiben –, so ist doch noch ein weiteres im Auge zu behalten: *Alle unbestimmten Begriffe, alle sog. Generalklauseln sind unbedingt und vorbehaltlos im nationalsozialistischen Sinne anzuwenden*[9]. Es kann sich niemand darauf berufen, daß hierüber noch kein Regierungsgesetz im Reichsgesetzblatt gestanden hat. Die „guten Sitten“, „Treu und Glauben“, das „Rechtsgefühl aller anständig, billig und gerecht denkenden Menschen“, die „herrschende Wertanschauungen der Zeit und des Volkes“, und wie alle diese Formeln lauten, sind ausnahmslos aus nationalsozialistischem Geiste an der Hand der Sätze des nationalsozialistischen Parteiprogramms in den Entscheidungsgründen der Urteile anzuwenden und darzulegen. Jede der zahllosen Entscheidungen, in denen auf solche allgemeinen Begriffe Bezug genommen wird, ist unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

---

[8] Vgl. zu dieser Frage den Aufsatz von AGR. Dr. *Crisolli*, Die Firmenzusätze „Deutsch“ und „national“: JW. 1933, 2102.

[9] Dazu die Leitsätze für die Rechtspraxis JW. 1933, 2793; ferner *H. Lange*, Liberalismus, Sozialismus und bürgerliches Recht, Tübingen 1933.

Darin besteht eine Hauptaufgabe jedes Mitglieds des Nationalsozialistischen Deutschen Juristenbundes, dem daran gelegen sein muß, nationalsozialistischen Rechtsbegriffen zum Siege zu verhelfen und die Gefahr überlieferter, vergangener, rechtsverdrehender Begriffe zu bekämpfen. Das RG. hat noch in einer Entscheidung vom 20. Februar 1933 zu der Frage der Prozeßlüge den Standpunkt vertreten, daß im Prozeß ein Bestreiten wider besseres Wissen nur unter besonderen Umständen ein Verstoß gegen die guten Sitten sei. Mir ist es – um nur dieses eine Beispiel zu geben – selbstverständlich, daß auch ohne Änderung irgendeines Paragraphen der Zivilprozeßordnung, auch ohne das Ges. vom 27. Okt. 1933 und ohne den neuen Abs. 1 des § 138 ZPO. das Bestreiten wider besseres Wissen im Prozeß einen groben Verstoß gegen das darstellt, was in einem nationalsozialistischen Gemeinwesen als „gute Sitten" zu gelten hat[10].

Die in dem genannten Sinne rechtsstaatlichen Einrichtungen – Unabhängigkeit der Richter, Gesetzesgebundenheit von Justiz und Verwaltung –, deren hohen Ordnungswert wir schätzen und wahren wollen, müssen aus der bisherigen Einbettung in die Rechtsbegriffe des liberalen Staatsgefüges herausgelöst werden. Wir müssen sie auch aus der geistigen Atmosphäre, aus dem Fluidum, das sie aus der früheren liberalen Zeit mit sich bringen, befreien und ganz unserem eigenen nationalsozialistischen Denken dienstbar machen. Sie müssen unschädlich gemacht werden, damit das, was an ihnen gut und wertvoll sein kann, im nationalsozialistischen Staate zur Geltung kommt und sich dort entfaltet. Auch darum dürfen wir nicht mehr von „*dem*" Rechtsstaat, sondern nur noch vom „nationalsozialistischen deutschen Rechtsstaat" sprechen, solange wir kein neues eigenes Wort für eine neue eigene Sache haben.

IV.

Meine Ausführungen stehen unter einem ganz bestimmten Gesichtspunkt, den ich zum Schluß mit einigen Worten angeben möchte. Es wurde vorhin gesagt, daß das Wort „Rechtsstaat" ein wirksames Instrument fremder, uns feindlicher und schädlicher Gedanken gewesen ist und heute noch sein kann, und daß wir gegenüber solchen Begriffen, die in einer hundertjährigen Formierung zeitgebunden und geschichtlich festgelegt sind, auf der Hut sein müssen. Wir dürfen ein solches Wort nur in dem klaren Bewußtsein gebrauchen, zu dem wir durch unseren Beruf als deutsche Juristen verpflichtet sind. Dann allerdings können wir die sogenannten rechtsstaatlichen Einrichtungen übernehmen und weiterführen, und zwar mit größerem Recht, als sie im bisherigen liberalen Staate bestanden und gehandhabt worden sind. Das, worauf

[10] *Benkendorff*, Treu und Glauben im Zivilprozeßrecht: JW. 1933, 2870.

es allein ankommt, ist, eine *geistige Unterwerfung unter fremdes, nicht nationalsozialistisches Rechtsdenken zu verhindern*. Selbstverständlich präsentiert sich dieses fremde Rechtsdenken immer in schönen, sympathischen, ethischen, ansprechenden Worten, Formeln und Begriffen. Wie sich der Liberalismus auf die Freiheit, sogar auf die germanische Freiheit berufen hat, die wir doch alle lieben; oder wie der Pazifismus vom Frieden spricht, den wir alle herbeisehnen, so hat sich eine spezifisch liberale Staatskonstruktion hundert Jahre lang auf den Rechtsstaat berufen. Und wie der Liberalismus die Freiheit, und der Pazifismus den echten Frieden zerstört, und nur irgendeiner imperialistischen Politik bestimmter Mächte dient, so kann der Begriff Rechtsstaat Staat und Gerechtigkeit zerstören. Eines müssen wir also bei diesen Fragen im Auge behalten: das in solchen Begriffen und ihren geschichtlichen Ausbildungen eingehüllte und wirkungsvoll getarnte liberale Rechtsdenken.

Wir Deutschen sind stets in größter Gefahr gewesen, fremden Rechtsbegriffen widerstandslos zu unterliegen. Wir sind das Volk der *Rezeption des römischen Rechts*. Wir haben uns im 15. Jahrhundert in einer ungeheuerlichen Weise geistig unterworfen. Wir sind aber auch das Volk noch einer zweiten, ebenso gefährlichen und schädlichen Rezeption geworden. Wir haben im 19. Jahrhundert das sogenannte „konstitutionelle", d. h. *liberal-rechtsstaatliche Verfassungsdenken rezipiert* und uns den liberal-demokratischen Staats- und Rechtsidealen des Westens unterworfen. Daran sind wir im Kriege zusammengebrochen und als Dokument dieses geistigen Zusammenbruches ist 1919 die Weimarer Verfassung geschrieben worden. Die politische Gefahr der geistigen Unterwerfung unter fremde Rechts- und Staatsbegriffe ist also groß und die Sorge um begriffliche Klarstellung wohl begründet.

In drei Augenblicken hat sich die geistige Unterwerfung, die in der Rezeption des bürgerlichen Rechts- und Verfassungsideals lag, vollendet. Sie begann unauffällig und scheinbar ungefährlich und unschädlich, als im Jahre 1866 die siegreiche preußische Regierung nach einem beispiellosen Siege das oppositionelle liberale Parlament, das alles getan hatte, um die Heeresreform und den Sieg zu verhindern, um nachträgliche Genehmigung, um „Indemnität" bat. Im Hochgefühl des Sieges glaubte man damals, es komme nicht darauf an, sich den Rechtsbegriffen des innerpolitischen Gegners zu unterwerfen. In Wahrheit hatte man dadurch das Grundgesetz des weiteren geschichtlichen Ablaufes aufgestellt. Der tapfere preußische Soldatenstaat, mit seinen großartigen militärischen Leistungen, hat sich auf einen Verfassungsbegriff eingelassen, dessen strukturelle Logik ihn zwang, jeden Krieg schnell und siegreich zu gewinnen, wenn nicht seine innerpolitischen Gegner triumphieren sollten. Eine liberale Bourgeoisie erteilt gern „Indemnität", wenn der Krieg so schnell und siegreich ist und eine solche wirtschaftliche Prosperität im Gefolge hat, wie die siegreichen Kriege von 1866 und 1870.

Aber nur auf den glücklichen Fall kann man keine Institution und keinen Staat bauen. Was mußte eintreten, als die Kriege nicht mehr so schnell und siegreich verliefen und die Lage schwierig und gefährlich wurde? Im Weltkrieg hat die liberal-demokratische Opposition die Antwort gegeben, die sie 1866 gegeben hätte, wenn damals der andere Fall eingetreten wäre und der preußische Soldatenstaat den Krieg nicht so siegreich und so schnell gewonnen hätte.

Die tiefe, eigentliche Bedeutung des Augenblicks der Indemnitätsvorlage von 1866 mit ihrer – sicherlich nicht bewußt gewollten – Unterwerfung unter den Rechts- und Verfassungsanspruch des innerpolitischen Gegners ist fast fünfzig Jahre lang durch den Rausch eines unerhörten, fortwährend steigenden, wirtschaftlichen Wohlstandes im Bewußtsein des deutschen Volkes verschüttet worden. Aber die Logik der geistigen Unterwerfung unter ein gegnerisches Rechtsdenken hat sich trotzdem in sicherem Wachstum weiter entfaltet. Am 4. August 1914 trat in dem zweiten Augenblick dieser folgerichtigen Entwicklungsreihe die tiefere Bedeutung einer solchen Unterwerfung blitzartig hervor. Ein deutscher Reichskanzler hat es bei Beginn eines Weltkrieges gewagt, den Einmarsch des deutschen Heeres in Belgien als „Unrecht“ zu bezeichnen. An der Hand einer kindischen Art von Jurisprudenz, getrieben von einer subalternen Rücksicht auf den guten Eindruck im Auslande, hat er vor dem Feinde geistig kapituliert. Er hat den Kampf gegen den Zarismus als das deutsche Kriegsziel hingestellt, als ob das um seine nationale Existenz kämpfende deutsche Volk einem von der liberalen und sozialdemokratischen Internationale diktierten Kriegsziel hätte dienstbar gemacht werden dürfen. Die Konflikte zwischen Heeresleitung und ziviler politischer Führung, die zu dem Zusammenbruch des deutschen Volkes geführt haben, gingen so tief in das Volk hinein, bis zu dem tödlichen Gegensatz von Heer und Heimat, weil der Gegensatz von deutschem Soldatenstaat und liberalem Verfassungsstaat hier in seiner ganzen fundamentalen Tiefe aufbrach. An diesem Zwiespalt ist das staatliche Gefüge Deutschlands 1918 zerbrochen. Die furchtbaren Opfer, die das deutsche Volk gebracht hat, seine unerhörten militärischen und soldatischen Leistungen, waren umsonst. In der Vollendung dieser Logik der geistigen Unterwerfung übernahm man 1919 das Staats- und Verfassungsideal des liberal-demokratischen Feindes und schuf in dem Weimarer Staat ein Gebilde, das den „Freiheits“- und „Rechtsstaats“-Idealen der Liberaldemokratie ganz entsprach. Das war der logische Schluß einer geistigen Unterwerfung, die im Jahre 1866 so unauffällig begonnen hatte.

Das deutsche Volk ist jahrhundertelang um den politischen und geschichtlichen Lohn unvergleichlicher kriegerischer und soldatischer Leistungen betrogen worden, weil es sich einem fremden Rechts- und Staatsdenken geistig unterwarf. Heute, nachdem wir infolge des Sieges der nationalsozialistischen Bewegung nicht mehr geistig wehrlos sind, vermögen wir das zu erkennen.

Die nationalsozialistischen Ideen üben ihre Anziehungskraft auf die ganze Welt aus; im Vollbesitz unserer eigenen Kraft und Art vermögen wir auch unser eigenes deutsches Recht zu gestalten und brauchen keinem fremden Rechtsideal mehr nachzulaufen und keine Rezeption mehr zu befürchten. Nachdem die nationalsozialistische Bewegung uns wieder zu uns selbst als Deutsche zurückgeführt hat, werden wir, ein tapferes, arbeitssames Volk, auch nicht mehr um den Lohn unserer Arbeit und Tapferkeit betrogen werden. Wir sind jetzt imstande, auch den geistigen Kampf, der um die Begriffe von Recht und Gerechtigkeit fortwährend entbrennt und der so wichtig ist wie irgendein politischer Kampf, siegreich zu bestehen. Auch auf dem Gebiete des *Rechts* hat die nationalsozialistische Bewegung uns zu uns selbst zurückgeführt. Nach einem Jahre nationalsozialistischen Staates läßt sich bereits feststellen, daß wir einen neuen Staat bauen, in dem die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Ordnung, die man unter dem Wort Rechtsstaat heute meistens versteht, aufs beste gesichert sind, in dem aber gleichzeitig auch der innere Gegensatz behoben ist, zu dem der liberale Rechtsstaatsbegriff notwendig führen muß, nämlich der Widerstreit der formalen Gesetzesstaatlichkeit gegen die Gerechtigkeit und gegen das in der Sache gute Recht.

18. Die Logik der geistigen Unterwerfung*

Deutsches Volkstum, 16. Jg., Nr. 5, 1. März 1934, S. 177–182

1.

Es war der Sinn der „konstitutionellen“ Monarchie des deutschen neunzehnten Jahrhunderts, einen Kompromiß und eine Überbrückung der Gegensätze von deutschem Soldatenstaat und bürgerlichem Verfassungsstaat zu versuchen.

Aber nur in den kleineren und mittleren Staaten Deutschlands, die nicht wie Preußen die Träger eines großen geschichtlichen Auftrages waren und sich daher auswärtigen Entscheidungen leichter anpassen konnten, war ein wirklicher Kompromiß möglich und ist er gelungen. In Preußen, dem führenden deutschen Staat, blieb die staatliche Gesamtstruktur bis in die Fundamente hinein von dem Gegensatz bestimmt, der einen Soldatenstaat für immer von einem bürgerlichen Verfassungsstaat trennt. Auch der Soldatenstaat Preußen sah sich im Jahr 1848 zu der „konstitutionellen Lösung“ gedrängt. Aber er hat sich dadurch in eine selbstzerstörende Zwangslage gebracht: er konnte den Zwiespalt nicht überwinden, sondern mußte ihn durch fortwährende siegreiche Kriege und ununterbrochen steigende wirtschaftliche Prosperität verdecken. Nur auf diese Weise war es möglich, fünfzig Jahre hindurch die Illusion eines gelungenen Verfassungskompromisses und einer Synthese von Soldat und Bürger zu erhalten.

Der preußische Soldatenstaat hat sich tapfer gewehrt. Es ist ihm gelungen, die militärische Kommandogewalt von der ministeriellen Gegenzeichnung freizuhalten und dadurch die Armee aus dem Bereich des bürgerlichen Verfassungssystems herauszunehmen. In dem halbhundertjährigen Streit um den Umfang der Kommandogewalt, insbesondere um die ministerielle Gegenzeichnung der Ernennung und Entlassung von Offizieren, und um die Militärgerichtsbarkeit hat Preußen seinen soldatischen Standpunkt gewahrt. Das Heer war den politischen Auswirkungen des liberalen Verfassungsstaates entzogen. Aber damit war der tödliche Zwiespalt der staatlichen Gesamtstruk-

* Dieser Aufsatz enthält einige Gedanken eines am 24. Januar 1934 in der Berliner Universität gehaltenen Vortrages „Heerwesen und staatliche Gesamtstruktur“, sowie einer in kurzem erscheinenden Abhandlung „Staatliche Struktur und Zusammenbruch des zweiten Reiches; der Sieg des Bürgers über den Soldaten“.

tur nicht überwunden, sondern nur noch verschärft. Die Armee war isoliert, ein „Staat im Staate“, und mußte in dieser Lage darauf *verzichten*, über ihren eigenen Rahmen hinaus gegenüber dem ganzen deutschen Volk den *totalen Führungsanspruch* zu erheben, der zu jeder politischen Führung und Entscheidung gehört. Zwar bestand die allgemeine Wehrpflicht, und das Heer war immer noch „die große Bildungsschule der Nation“, aber der Bildungsbegriff der deutschen bürgerlichen Gesellschaft war ein anderer als der des preußischen Soldatenstaates. In der offenen Kollision dieser „Bildungs“-ansprüche trat die Armee bescheiden zurück. Sie sollte und wollte die Bildungsschule der Nation *nur für den Krieg* sein, und der Krieg erschien dem Denken dieses Jahrhunderts als ein seltener Fall, als eine extreme und isolierbare, rasch erledigte Angelegenheit. Der Anspruch, „Bildungsschule“ zu sein, und der daraus folgende Erziehungs- und Führungsanspruch bezog sich also, wie ein ausgezeichneter Offizier treffend bemerkt hat, leider nur auf die *ultima ratio*, nur auf einen als abnorm vorgestellten Fall, nicht in irgend einem über den engsten fachlichen Rahmen des Militärs hinausgehenden Sinne auf das gesamte wirkliche Leben des deutschen Volkes. „Die Vorbereitung zur *Schlacht* ist die Hauptaufgabe der militärischen Ausbildung“[1]. Von Jahrzehnt zu Jahrzehnt gewöhnte man sich fast unbewußt immer mehr daran, daß die Armee eine Sache für sich war, eben jener, nur für den äußersten Fall in Aktion tretende „Staat im Staate“. Sie zog sich in sich selbst zusammen und war schon aus diesem Grunde geistig in einer fast verzweifelten Abwehrstellung.

In einem Staat von solcher „Verfassung“ stand der soldatische Teil, das Kernstück des Staates, auf einem verlorenen Posten. Die Verfassung selbst, das Grundgesetz, die Grundvereinbarung, der fundamentale „Kompromiß“, war ausschließlich auf Kosten des Soldatenstaates geschlossen worden. „Verfassung“ bedeutete im deutschen neunzehnten Jahrhundert wesentlich nicht nur eine Beschränkung der königlichen Machtbefugnisse, sondern vor allem eine Verneinung der Grundsätze und Auswirkungen des preußischen Soldatenstaates. Das war das innere Grundgesetz, nach dem der monarchische Konstitutionalismus in Preußen angetreten war und unter dem er sich mit unweigerlicher Logik weiterentwickeln mußte. Der Urkompromiß, den eine solche Verfassung darstellte, mußte sich in immer weiteren Kompromissen von gleicher Struktur, mit immer weiteren Minderungen des Soldatenstaates fortsetzen. Jedes Gesetz, jeder Jahreshaushalt, jede Vereinbarung zwischen Regierung und Parlament über die Friedenspräsenzstärke oder sonstige Angelegenheiten bestätigten und erweiterten die Macht der Volksvertretung über

---

[1] Vgl. die Denkschrift Moltkes vom 25. Juli 1868 und die auf ihr beruhende geheime „Instruktion für die höheren Truppenführer“ vom 24. Juni 1869 (Moltke, Taktisch-strategische Aufsätze, S. 67; *Curt Jany*, Geschichte der Königlich Preußischen Armee, 4. Bd., 1933, S. 257).

die Verfassung, und lieferten ihr, auch wenn sie nachgab und der Regierung entgegenkam, neue Argumente und Rechtstitel. Jedes Entgegenkommen gegen die militärischen Forderungen der Regierung gefährdete in der Logik eines solchen Verfassungszustandes die Parteien, die sich dazu verstanden, und lieferte sie den billigen Trümpfen der „Links"-Parteien aus. Das Entwicklungsgesetz, auf das der preußische Staat sich eingelassen hatte, als er sich auf diese Art von „Verfassung" einließ, konnte sich nur *gegen* ihn auswirken. Ungeheure militärische und außenpolitsche Erfolge haben nichts daran geändert und höchstens einen Aufschub bewirken können. Siegreiche Kriege, wie die Weltgeschichte wenige kennt, halfen diesem preußischen Soldatenstaat nur dazu, sich innerpolitisch zu halten, den Konflikt zu verdekken, die Exemtion der Kommandogewalt und eine Vertagung des offenen Konflikts zu erreichen. Ein Parlament, das alles getan hatte, um den Sieg unmöglich zu machen, gegen dessen lautes Geschrei und offenen Widerspruch die Heeresreorganisation durchgeführt und der Sieg errungen war, erteilte dem Sieger die nachträgliche Genehmigung und „Indemnität".

Der König Wilhelm der Erste hat den entscheidenden Punkt der verzweifelten Lage des preußischen Staates, die militärische Kommandogewalt, erkannt und mit heldenhafter Festigkeit gehalten. Je mehr uns die Einzelheiten und Hintergründe der Geschichte des Kampfes zwischen dem preußischen Staat und der liberalen Bewegung bekannt werden, um so mehr wächst die Gestalt dieses Königs in eine weltgeschichtliche Größe. Seine Überlegenheit war lautlos. Es war nicht die Überlegenheit eines genialen Individuums, sondern die eines in den überindividuellen Geschichtszusammenhang sich einfügenden Mannes, der eine Linie festhielt, die nur ihm kraft seiner selbstverständlichen Einheit mit dem preußischen Staat erkennbar war. In einem Jahrhundert, das von dem Lärm liberaler verfassungsrechtlicher Diskussionen erfüllt war, hörte er nur die Stimme der Pflicht zum Staat, und zwar zum preußischen Soldatenstaat. Nur dadurch fand er die Kraft, die großen und genialen Männer festzuhalten, die das Werk durchführten: Bismarck, Moltke und Roon. Aber auch der König drängte darauf, das Parlament nach dem siegreichen Krieg um „Indemnität" zu bitten, und hielt das für die Legalität. Auch er hat sich, ohne sich der Tragweite bewußt zu werden, im Vollgefühl und mit der Großzügigkeit des Siegers geistig unterworfen.

2.

Der Weltkrieg began für uns Deutsche mit einer furchtbaren geistigen Unterwerfung und Niederlage. Der Kampf gegen den russischen „Zarismus" wurde offiziell als Kriegsziel übernommen: darin äußerte sich die geistige Widerstandslosigkeit gegen die Verfassungsideologie der westlichen Liberaldemokratie und der innerpolitischen Feinde des preußischen Soldatenstaates.

Aber die Unterwerfung ging noch weiter. Am 4. August 1914 erklärte der deutsche Reichskanzler Bethmann Hollweg in seiner Reichstagsrede den Einmarsch des deutschen Heeres in Belgien für ein *Unrecht*, das man wiedergutmachen müsse. Eine kindische Jurisprudenz im Dienste einer *dem Eindruck im feindlichen Ausland nachlaufenden Politik* hat diese schändliche Kapitulation verursacht.

Der Zwiespalt der innerstaatlichen Struktur brach während des Weltkriegs auf und zerrieb die Kraft zum Widerstand. Ausländische Beschreibungen des Verhältnisses von Kriegsführung und Staatsführung gehen für den Weltkrieg 1914–18 gern davon aus, daß die Beziehungen von Militär- und Zivilgewalt, Heeresleitung und Regierung, während des Krieges für Deutschland überhaupt kein ernsthaftes organisatorisches Problem gewesen seien, weil der Kaiser als oberster Kriegsherr in einem nicht parlamentarisch regierten Staat eine unbeschränkte Gewalt gehabt habe[2]. Das ist eine oberflächliche Betrachtung, die auf einer irreführenden Übertreibung des Unterschiedes von konstitutioneller und parlamentarischer Monarchie beruht. In Wahrheit ist die Herausnahme der Kommandogewalt des Kaisers aus dem bürgerlichen Verfassungssystem auch während des Krieges ein Anzeichen dafür geblieben, daß die Gesamtstruktur des Staates zwiespältig war und dieser Zwiespalt sich mit steigender Ausdehnung und Intensität des Weltkrieges vertiefte. Die Totalität des Kriegszweckes setzt sich in jedem kriegführenden Lande durch. Diese Totalität kann nicht isoliert werden, sondern wird von jedem Gebiete aus in Anspruch genommen. Sie äußert sich infolgedessen nicht nur als Totalitätsanspruch der Kriegsführung, sondern auch als Totalitätsanspruch der politischen Staatsführung und der Wirtschaftsführung. Während des Weltkrieges war die deutsche Verfassungslage derartig, daß sich die in allen kriegführenden Staaten auftretenden Differenzen zwischen Heeresleitung und Regierung, militärischer und ziviler Zuständigkeit, in Deutschland in einer Staat und Volk zerstörenden Weise innerpolitisch auswirken mußten.

Der innere Zwiespalt der Gesamtstruktur des zweiten Reiches, das den Gegensatz von preußischem Soldatenstaat und bürgerlichem Verfassungsstaat nur verdeckt und vertagt, nicht überwunden hatte, trat im Weltkrieg, als die militärische Lage schwierig wurde, offen zutage. Jede persönliche Differenz zwischen dem Reichskanzler und einem Heerführer rührte sofort an die letzten Wurzeln dieses innerpolitischen Dualismus. Die Kriege von 1864, 1866 und 1870 haben einen schnellen und siegreichen Verlauf genommen, aber trotzdem bereits die durchaus isolierte, innerpolitisch defensive Lage des soldatischen Staatskernes erkennen lassen. Während des Weltkrieges mußte jede Verschlechterung der militärischen oder außenpolitischen Lage mit fast

---

[2] So zum Beispiel: *J. M. Bourget*, Gouvernement et Commandement. Paris (Payot), 1930.

mathematischer Exaktheit innerstaatlich sofort dem Gegenspieler, dem Parlament, zugute kommen und ihm verfassungsrechtliche Argumente für neue Machtansprüche liefern. Statt daß mit wachsender Gefahr die innerpolitische Geschlossenheit des deutschen Volkes stärker und fester wurde, wirkte die Logik der Verfassungsstruktur und des konstitutionellen Dualismus von Soldat und Bürger, dann auch von Soldat und (dem Bürger folgenden) Arbeiter nach der entgegengesetzten Richtung. Jeder Mißerfolg, jede Schwierigkeit der Kriegführung gab den nur durch einen glänzenden außenpolitischen Erfolg beschwichtigten Argumenten der Opposition von 1866 nachträglich doch wieder Recht und riß den nur durch den siegreichen Krieg überdeckten Konflikt von neuem auf. Der unausgetragene Widerspruch der innerstaatlichen Gesamtstruktur, der Gegensatz des preußischen Soldatenstaates gegen einen bürgerlichen Verfassungsstaat, die schlimme Tatsache, daß der eigentliche Verfassungskompromiß nur auf dem *siegreichen* Krieg beruhte, alles das vertiefte sich in dem Zwang eines solchen Verfassungssystems mit den wachsenden Schwierigkeiten der Weltkriegslage zu dem Gegensatz von Regierung und Volk und schließlich zu dem tödlichen Gegensatz von Heer und Heimat, Soldat und Arbeiter. Daran ist Deutschland zusammengebrochen.

Mit Heer und Krieg konnte sich das liberale Bürgertum nach den Erfolgen von 1866 und 1870 wohl abfinden, aber eben nur solange sie siegreich und erfolgreich waren. Diesem echt bürgerlichen Anspruch auf siegreiche Kriege und wirtschaftliche Prosperität hatte der preußische Soldatenstaat sich geistig unterworfen, als er 1866 nach dem siegreichen Kriege das Parlament um „Indemnität" bat und sie erhielt. Damit war der Rechtsanspruch der liberalen Bewegung anerkannt und das Gesetz der weiteren geschichtlichen Entwicklung Preußens und Deutschlands bestimmt. Der Krieg wird von einer liberalen Bourgeoisie keineswegs allgemein und unbedingt verneint; ein „siegreicher Krieg" kann ihr sogar als „soziales Ideal" gelten, aber natürlich nur ein *siegreicher* Krieg. Kein Staat jedoch, und am wenigsten ein Staat von der Struktur Preußens, kann sich im Ernst auf solche Ansprüche und „Ideale" einlassen; keine Institution, und am wenigsten die politische Einheit eines Volkes, darf sich nur auf den günstigsten Fall einrichten und ihre Art Existenz von ununterbrochen glücklichen Erfolgen abhängig machen. Setzte das Glück einmal aus, hörte der Krieg einmal auf, siegreich zu sein, so entfiel die Grundvoraussetzung des „Verfassungskompromisses", der Bürger mußte sich betrogen fühlen und den konsequent liberal-demokratischen Verfasssungsstaat als sein gutes Recht verlangen, wobei es ganz gleichgültig ist, ob die einzelnen Liberalen als Individuen wohlmeinende und patriotische Leute waren oder nicht. Sie waren gewiß alle gute und ehrliche Bürger. Aber sie standen alle unter dem Gesetz ihrer politischen Bewegung und unter dem Zwang der von ihnen selbst herbeigeführten, innerpolitischen Gesamtstruktur des preußischen Staates.

3.

Im Jahre 1806 brach die Organisation eines in offener Feldschlacht geschlagenen Heeres und erst infolge dieses Zusammenbruches die dem Heere zugehörige staatliche Organisation zusammen. 1918 war die an der Front kämpfende Armee unbesiegt, aber ein fünfzig Jahre hindurch verdeckter und deshalb in seiner eigentlichen Bedeutung verkannter Zwiespalt der innerstaatlichen Struktur brach im kritischen Augenblick zerstörend auf. Nicht föderalistische und bundesstaatliche Spannungen, sondern diese innerstaatliche und innerpreußische Verfassungsproblematik erwies sich als der unheilvolle Ansatz für den inneren Bruch der politischen Einheit eines gegen die Welt kämpfenden Volkes.

Die westliche Liberaldemokratie hatte 1918 gewonnen. Die Weimarer Verfassung von 1919 gab die innerdeutsche Antwort des Bürgertums auf den *nicht* siegreichen Krieg; die nachträgliche, 1866 nur verdeckte und vertagte Antwort für den *andern* Fall. Mit dieser Verfassung unterwarf Deutschland sich dem demokratischen Verfassungsideal seiner Feinde und zugleich dem Versailler Diktat, das die allgemeine Wehrpflicht und den deutschen Generalstab beseitigte. Man übernahm das Rechts- und Verfassungsideal der triumphierenden Westmächte. Hilflos und wehrlos mißachtete man sogar den existenziellen Zusammenhang von Heerwesen und staatlicher Gesamtverfassung. Man hoffte, eine waffenlose Demokratie sein zu können. Man versuchte, ein allgemeines Wahlrecht ohne allgemeine Wehrpflicht, ein allgemeines Staatsbürgertum ohne allgemeinen Staatsdienst zu organisieren – eine erstaunliche Monstrosität. Aber der gute Eindruck im Ausland war erreicht, und die Spezialisten dieses guten Eindrucks fühlten sich als die innerpolitischen Sieger und gaben eine posthume Antwort auf die Verfassungsprobleme des preußischen Konflikts von 1862–66.

Der tapfere und im Kriege siegreiche preußische Soldatenstand hat ein ganzes Jahrhundert hindurch geistig in einer verzweifelten Defensive, ja in voller Wehrlosigkeit gestanden. Seine politischen Gegner beherrschten die Sprache und die Begriffe der Zeit. Ihnen allein kam das große Argument vom „Eindruck im Ausland“ zugute. Siegreiche Kriege, staatliche Leistungen von beispielloser Größe sind dadurch um ihren geschichtlichen Lohn gebracht worden. In *drei entscheidenden Augenblicken* der Geschichte des letzten Jahrhunderts hat die geistige Unterwerfung unter die Rechtsauffassung des Gegners das Schicksal Deutschlands unheilvoll bestimmt. Zuerst scheinbar unwichtig und scheinbar nicht entscheidend im Jahre 1866, als man es sich leisten zu können glaubte, die liberale Opposition mit der Überlegenheit des Siegers und im Augenblick des Erfolges um Indemnität zu bitten und sich ihren Begriffen von Recht und Verfassung ohne Gefahr zu unterwerfen. Der zweite Augenblick war schon gefährlicher und der Katastrophe näher: der

deutsche Reichskanzler sah die geistige Rechtfertigung des Weltkrieges im Kampf gegen den Zarismus; er erklärte den deutschen Einmarsch in Belgien als „Unrecht“ und verriet das deutsche Volksheer an die Verfassungsideale und Rechtsbegriffe seiner außen- und innenpolitischen Feinde. Der dritte Augenblick endlich vollendet diese Entwicklung: in dem Zusammenbruch des Jahres 1918 haben die Ideen des liberal-demokratischen Verfassungsstaates zuerst innerpolitisch über den Geist des deutschen Volkes und dann auch militärisch und außenpolitisch triumphiert und die Entwaffnung des kämpfenden Heeres bewirkt.

Diese drei Augenblicke stehen in einer einzigen, zusammenhängenden Entwicklungslinie. In ihrer Reihenfolge entfaltet sich folgerichtig ein Gesetz: erst die innerpolitische geistige Unterwerfung des preußischen Soldatenstaates unter die Rechtsbegriffe des bürgerlichen Rechts- und Verfassungsstaates; dann die Unterwerfung unter das geistige Kriegsziel des Feindes, verbunden mit dem subalternen Bestreben, einen guten Eindruck im Auslande zu machen und den Feind durch geistiges Nachgeben und „Objektivität“ zu beschwichtigen; und schließlich die offen hoch- und landesverräterische Unterwerfung unter die Staats- und Rechtsideale eines eben dadurch siegreichen, erbarmungslosen Feindes. Die Logik der geistigen Unterwerfung vollendete sich in einer wehr- und widerstandslosen politischen Knechtschaft.

19. Ansprache in einer Richtstrahlensendung nach Amerika

Ansprachen Dr. *Stäbels* und Prof. *Carl Schmitts* nach Amerika
Academia. Zeitschrift des Cartellverbandes
der katholischen Deutschen Studentenverbindung CV,
47. Jg., Nr. 1 (Mai 1934), S. 11–12

Seit über 20 Jahren bin ich mit der deutschen Universität verbunden. Ich kenne die deutsche Hochschule der Vorkriegszeit, der Kriegsjahre, der Nachkriegs- und Inflationszeit und der Weimarer Republik. Ich habe die nationalsozialistische Erneuerung bis ins Innerste meines Wesens miterlebt, wissend miterlebt, in dem Verantwortungsbewußtsein eines wissenschaftlich geschulten Menschen, der auch als Gelehrter einstehen muß und sich nicht einfach auf Emotionen und Impressionen berufen kann.

Was ist, von diesem Standpunkt aus gesehen, das Wesentliche an der großen und erstaunlichen Veränderung, von der der Reichsstudentenführer Stäbel soeben sprach? Eine ganze Welt künstlicher Begriffe, lebensfeindlicher Antithesen verschwindet plötzlich vor einer neuerwachenden geistigen Produktivität. Jedes große Volk kennt diesen Vorgang aus seiner Geschichte. Jedes große Volk kehrt in großen Intervallen immer wieder geistig zu sich selbst zurück, zu seinem Ursprung, zu seinen eigenen Wurzeln, zu eigenen Maßstäben und zu den Prinzipien, die seine nationale Existenz bestimmen. Reformation, Renaissance, Revolution sind nur verschiedene Namen für diesen Vorgang. Neue Formen auch des geistigen Lebens, neue Formen der wissenschaftlichen Disputation oder Diskussion oder sonstiger Auseinandersetzung und Verständigung gehören dazu. Ein solcher Vorgang spielt sich heute an den deutschen Hochschulen ab. Wie ihn die Weltgeschichte in unabsehbaren Zeiten registrieren wird, ob sie ihn zu den allergrößten Vorgängen dieser Art rechnen wird oder nicht, kann ich nicht wissen. Ich weiß aber, daß er *echt* ist und neben jedem großen Erneuerungsvorgang in der Geschichte irgendeines Volkes besteht, an innerer Aufrichtigkeit, an intellektueller Offenheit und an geistigem Mut.

Es war eine abstrakte und künstliche Fiktion, Wissenschaft und Leben, Geist und Materie, Seele und Leib auseinanderzureißen und das als die allein wahre Wissenschaft hinzustellen. Auch die Wissenschaft gehört zum *Leben*. Auch in der wissenschaftlichen Produktivität bewahrt eine Nation ihr Lebensrecht und ihre Lebenskraft. Das deutsche Volk hat seinen wissenschaftlichen Sinn und seine Fähigkeit zu wissenschaftlicher Leistung seit Jahrhun-

derten bewiesen. Es kann mit seinem wissenschaftlichen Gesamtwerk neben jedem anderen Volk auf der Erde bestehen. Es kann sich, so wie es ist, überhaupt nicht von der Wissenschaft trennen.

Der deutsche Student aber trägt in sich die Erbschaft eines seit Jahrhunderten wissenschaftlichen Volkes. Er hat sie auch in diese letzte große Erneuerung hineingetragen. Wir Deutsche sind das Volk der inneren Gegensätze gewesen. Reformation und Gegenreformation, Rationalismus und Romantik, Naturwissenschaft und Geisteswissenschaft, Positivismus und Metaphysik, Individualismus und Kollektivismus, Kapitalismus und Sozialismus haben wir in uns selbst, in unserem Geist und unserer Seele, bis zum letzten Grunde ausgekämpft. Von den Fronten und Fragestellungen eines dreißigjährigen Religionskrieges haben die verschiedenartigsten Feinde unseres Volkes lange gelebt. Fast hätten wir uns daran zerrieben, daß wir Generationen hindurch auch innerlich der Kriegsschauplatz aller geistigen Kämpfe waren, und es gibt keinen deutschen Studenten und keinen deutschen Gelehrten, der nicht etwas von dieser Erbschaft und Problematik in sich und seinem Wesen trägt.

Aus dieser Sachlage heraus muß man verstehen, was heute an der deutschen Hochschule vor sich geht. Wir haben endlich unsern Boden gefunden, unsere inneren Gegensätze überwunden und dadurch die Möglichkeit gewonnen, aus der vollen geistigen Sicherheit unserer eigenen Art heraus, ohne Gefahr für uns selbst, mit anderen Völkern zu sprechen, mit ihnen in eine Gemeinschaft wissenschaftlicher Zusammenarbeit zu treten, in der jeder den andern unbedingt respektiert, und in der jeder den anderen versteht, ohne auf sich selbst und seine ureigene Art zu verzichten.

Jedes Volk, das durch innere Kämpfe und Prüfungen hindurchgegangen ist, hat dadurch an Einsichten und Erfahrungen gewonnen, die auch der eigentlichen Wissenschaft zum Gewinn werden. Jedes Volk, das die Probe des Weltkrieges bestanden hat, wird uns heute besser verstehen, so wie wir es besser verstehen. Unser aller Wissen ist tiefer geworden, als es in den Zeiten äußeren Glanzes und Glückes gewesen ist. Jeder Ausländer, der nach Deutschland kommt, und am ehesten jeder ausländische Student, der unvoreingenommen an unserm deutschen Hochschulleben teilnimmt, wird das erfahren. Auf dieser Grundlage und dieser Tiefe werden wir uns besser verstehen können, als in einer trügerischen Assimilierung. Auch in der Sphäre des Geistes und der Wissenschaft lehnen wir jeden Imperialismus ab.

20. Nationalsozialistisches Rechtsdenken

Deutsches Recht, 4. Jg., Nr. 10 (1934), S. 225–229

Es ist die große, unvergleichliche Tat der nationalsozialistischen Bewegung, daß sie eine vieljahrhundertjährige, im Dienste bestimmter politischer Tendenzen stehende Spaltung und Auseinanderreißung überwunden hat. Ein ganzes System von Antithesen – Leib und Seele, Geist und Materie, Recht und Politik, Recht und Wirtschaft, Recht und Moral – eine ganze Litanei dualistischer Auseinanderreißungen lebens- und wesensmäßig zusammengehöriger Dinge, hatte sich in immer neuen Entfaltungen in den Dienst einer bestimmten Weltanschauung und der ihr zugehörigen politischen Tendenzen und Ziele gestellt.

Es ist ein Irrtum, wenn nicht etwas Schlimmeres heute noch gegenüber einem konkreten Tatbestand des Rechtslebens die Auseinanderreißungen von juristisch und politisch, juristisch und weltauschaulich, juristisch und moralisch vornehmen zu wollen.

Daß jeder Reaktionär oder Typus vergangener Zeit an solchen Antithesen festhält, ist nicht verwunderlich. Aber wir dürfen es nicht zulassen, daß ein klares, starkes Rechtsgefühl und Rechtsempfinden anständiger Menschen mit Hilfe dieses Kunstgriffs, namentlich durch die Antithese von juristisch und weltanschaulich, in Verwirrung gesetzt wird und tapfere, junge nationalsozialistische Studenten oder Referendare darüber belehrt werden, daß das, was sie als Nationalsozialisten fühlen und denken, zwar weltanschaulich schön und löblich, aber juristisch falsch sei.

1.

Die systematischen Auseinanderreißungen sind einer vergangenen, durch den Nationalsozialismus überwundenen Epoche zugeordnet. *Sie sind nicht in einem höheren Sinn wissenschaftlich juristisch oder geistig,* sondern das Produkt einer bestimmten Zeit und bestimmter politischer Bewegungen und Tendenzen. Zu den großen Erfahrungen und Begegnungen, die mich als Juristen zum Nationalsozialismus getrieben haben, gehört ein Gespräch mit einem weltberühmten, weitgereisten, über 70 Jahre alten, erfahrenen Rechtsgelehrten aus den Vereinigten Staaten von Amerika, der mir 1932 das Ergebnis seiner Gegenwartserfahrung und seine Diagnose unseres heutigen Zustandes in dem Satz zusammenfaßte: „*Wir erleben heute den Bankerott der idées générales.*“

Ein Jahrhundert lang hat die europäische Menschheit solche *idées générales*, solche generellen Allgemeinbegriffe, als einen schemenhaften „Geist“ produziert. Auch die Rechtswissenschaft, die keineswegs ein abgekapseltes Dasein im Leben der Völker und Zeiten führt, hat sich in diese Gesamtbewegung eingegliedert und sich eifrig bemüht, *eine Gespensterwelt von Allgemeinbegriffen* über der konkreten Wirklichkeit aufzurichten. Der juristische Ausdruck dieser Denkart ist eine bestimmte normativistische Methode, die die generelle Norm, die allgemeine Regel, von der konkreten Situation und der konkreten Ordnung loslöst, das Gesetz verabsolutiert und den Juristen anweist, sich in einem artifiziellen Gerüst von Allgemeinbegriffen zu bewegen. Ein Fall, der sich dutzendfach in irgendeiner Form wiederholt, macht das anschaulich: Jungens von der Hitler-Jugend, die einen ihnen bisher nicht bekannten Jugendverband in ihrem Dorfe erscheinen und dort übernachten sahen, beschlossen, die Fahne dieses anderen Verbandes als Trophäe zu erobern, kletterten in den Lagerraum und holten sich die gegnerische Fahne. Sie wurden *wegen schweren Einbruchsdiebstahls* angezeigt und erfuhren zu ihrem großen Erstaunen vor der Polizei, daß sie ein *Eigentumsdelikt* begangen hätten: fremde bewegliche Sache, rechtswidrige Zueignung, Gewahrsamsbruch usw. Über einen konkreten Sachverhalt, den jeder Mensch mit klarem Rechtsgefühl richtig beurteilt, wird ein geradezu gespenstisches Netz von allgemeinen Begriffen gelegt. Diese Art von Jurisprudenz zwingt dazu, gerade das Wirkliche, und zwar auch das juristisch Wirkliche, an der Sache nicht zu sehen, absichtlich zu verkennen, daß es sich hier gar nicht um ein Eigentumsdelikt handelt. Die Fahne verwandelt sich in ein Stück Tuch und ein Stück Holz, – Wert 1 bis 10 Mark –; alles Konkrete der Situation geht unter in den abstrakten Begriffen „fremde bewegliche Sache, Gewahrsamsbruch“. Eine in keiner Weise strafwürdige Betätigung jugendlichen Selbstbewußtseins und gesunden politischen Selbstgefühls wird durch die Subsumtion unter solche Allgemeinbegriffe strafbar und mit der Tat eines schmutzigen Diebes gleichgestellt.

Ein ganzes rechtswissenschaftliches System, dessen Besonderheit darin besteht, losgelöste Allgemeinbegriffe an Stelle der konkreten Wirklichkeit zu setzen, ist im Laufe eines Jahrhunderts errichtet worden. Es ist ihm gelungen, für seine Besonderheit, das *Monopol des Juristischen* in Anspruch zu nehmen. Unterschätzen wir die Bedeutung dieses Vorganges und auch die ungeheure Aufgabe nicht, die uns als deutschen nationalsozialistischen Juristen obliegt, wenn wir diesen normativistischen Turmbau zu Babel abreißen und ein gesundes, konkretes Ordnungsdenken an seine Stelle setzen wollen. Aber es ist trotzdem richtig, was jener amerikanische Rechtsgelehrte sagte, als er vom *Bankerott der „generellen Ideen*“ sprach. Diese Methode ist bei allen Völkern, die überhaupt noch Leben haben, innerlich bankerott. Sie hat kein wirkliches Leben und ist keine wirkliche Rechtswissenschaft mehr. Sie ist die

Übertreibung eines einzelnen und nicht einmal des zentralen Elementes juristischen Denkens, nämlich der *Regel*, der generellen Norm, des *Gesetzes* zum Unterschied vom *Recht*.

Dieser Normativismus, der eine dienende, nebensächliche Rolle im juristischen Denken spielen sollte, hat sich in diesem wissenschaftlichen Gesamtsystem zum alleinigen Herrn des geistig-wissenschaftlichen Denkens und insbesondere des juristischen Denkens aufgeworfen.

2.

In Deutschland sind wir dieser normativistischen Denkweise in besonders hohem Grade verfallen, und zwar in der Folgewirkung eines bestimmten rechtsgeschichtlichen Ereignisses, nämlich der *Rezeption des römischen Rechts*. Ich habe oft bemerkt, daß der Kampf des Nationalsozialismus gegen das römische Recht mißverstanden und veräußerlicht wird. Es gibt auch Leute, die ihn absichtlich mißverstehen. Ein normativistisch denkender Jurist kann in diesem Kampf nur den Kampf einer Gesetzesregel gegen eine andere sehen. Der Kampf gegen das römische Recht hat aber einen tieferen Sinn. Er soll uns nicht etwa zu bloßen Rechtshistorikern machen oder den Beweis erbringen, daß jeder einzelne Satz des Sachsenspiegels richtiger wäre als jeder einzelne Satz des *Corpus juris*. Er ist ein Kampf gegen die Nachwirkungen und Folgen eines in dieser ungeheuren Tragweite beispiellosen Vorganges, der den *Denktypus des Juristen* verändert hat. Es gibt mancherlei „Rezeptionen". Auch dieses Wort muß man richtig verstehen. Wie jede Sprache Lehnworte, gute und schlechte Lehnworte hat, so kennt auch jedes Rechtsleben *Lehnbegriffe und Lehngedanken*, und es ist eine Frage des natürlichen Wachstums und der konkreten Ordnung eines Volkes, wieweit derartige Austauschvorgänge sinnvoll und nützlich oder sinnwidrig und schädlich sind. Bei der Rezeption des römischen Rechtes wurde ein ganzes geschriebenes Buch summarisch als *ratio scripta* rezipiert. Der deutsche Jurist wurde seit dem 15. Jahrhundert in seiner ganzen Existenz umgebogen, weil er dahin belehrt wurde, daß es „juristisch" sei, nicht zuerst den konkreten Tatbestand, nicht zuerst die konkrete innere Ordnung, die alle gesunden Dinge in sich haben, zu sehen, sondern in einem Buch von ungeheurem Umfange die dort fertigen Entscheidungen und Normen nachzuschlagen. Jede Rezeption eines geschriebenen fremden Rechtsbuches von so ungeheurem Ausmaß verändert natürlich den Typus des Juristen eines Volkes. Der Typus des deutschen Rechtswahrers des deutschen Mittelalters war der eines weisen, gerechten und erfahrenen Mannes, der in konkreten Ordnungen dachte. Er sah seine Ritter, seine Bauern, seine Bürger und seine Kleriker als Stände und wirkliche Gestalten vor sich, und aus der konkreten Ordnung des wirklichen Lebens heraus suchte und fand er das Recht. Jetzt, nach der Rezeption, mischte

sich ein dickes Buch, ein Haufen von der konkreten Situation losgelöster Sätze, das *Corpus juris*, zwischen die zu beurteilende Wirklichkeit und den urteilenden Juristen, und das Denken in konkreten Ordnungen wird als unjuristisch und unwissenschaftlich abgetan. Der Jurist, der in dem Buch nachschlägt, in dem abstrakte, aus einer ganz anderen Situation und ganz anderen konkreten Ordnungen entstandene Normierungen zu Papier gebracht sind, das wird jetzt *der* Jurist, der allein „wissenschaftlich" und „geistig" denkt, während der andere als ein Dilettant und naiver Volksmann angesehen wird.

Infolge der Rezeption des römischen Rechtes ist also der Typus des deutschen Juristen bis in jedes Atom seiner Existenz hinein geändert und umgebogen worden.

Mit diesem Vorgang der Rezeption hat sich eine bestimmte juristische Denkart, ein bestimmter geistiger Habitus in Deutschland durchgesetzt, der in besonderem Grade rechtswissenschaftlich und juristisch zu sein behauptet, obwohl er nur in dem erwähnten Sinne abstrakt-normativistisch ist.

Das ist es also, was wir meinen, wenn wir den Kampf gegen das römische Recht führen. *Das alte römische Recht war die vernünftigste Sache der Welt für die römischen Bauern, Familienväter und Soldaten, die es geschaffen und getragen haben*. Es wird die sinnloseste, schädlichste, gefährlichste Sache von der Welt, wenn es, losgelöst von einer konkreten Wirklichkeit, auf eine andere Volksordnung übertragen und die Abstraktheit seiner losgelösten Sätze als die allein rein juristisch-rechtswissenschaftliche Weisheit ausgegeben wird. Ganze Generationen hindurch ist dieser abstrakte Normativismus als juristische Wissenschaft in gesunde deutsche Gehirne hineingetrieben worden. Der normativistische Denktypus, der dadurch bei uns entstand, wurde im 19. Jahrhundert dadurch weiter gefördert, daß das *Einströmen des jüdischen Gastvolkes* die Entwicklung weiter in die Richtung eines normativistischen Gesetzesdenkens trieb. Erstens wegen der Eigenart des jüdischen Volkes, das seit Jahrtausenden nicht als Staat und auf einem Boden, sondern nur im Gesetz und in der Norm lebt, also im wahrsten Sinne des Wortes „existenziell normativistisch" ist. Zweitens aber versteht es sich von selbst, daß ein Fremder, ein Gast, ein Metöke, das Recht des Volkes, bei dem er zu Gast ist, normativistisch und nur unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit sieht. Er gehört ja nicht zu der Wirklichkeit des Volkes, in der er lebt. Er faßt dessen Recht als berechenbar geltende Norm, als Maßstab staatlichen Funktionierens, dem er sich anpaßt, und an dessen Hand er berechnet, „wessen er sich vom Staat zu versehen hat". Er will den Fahrplan haben, um zu wissen, wann und wo er ein- oder aussteigen kann. Er setzt infolgedessen an die Stelle des *Rechts* das *Gesetz* im Sinne einer vorher bestimmten, berechenbaren Norm.

3.

So ist es dazu gekommen, daß man im Namen des „Positivismus“, im Namen der juristischen Wissenschaft, strafbare Handlungen für straffrei erklärte, weil man

in normativistischer Denkweise die Strafe nicht aus dem Verbrechen, sondern das Verbrechen aus der normierten Strafdrohung erklärte.

Es ist das Kennzeichen des Normativisten, daß er von rückwärts und von hinten her definiert. So definiert er z. B.: „Verbrechen ist eine mit Zuchthaus bedrohte Handlung.“ In Wahrheit verhält es sich rechtlich umgekehrt; etwas ist nicht Verbrechen, weil es mit Zuchthaus bedroht ist, sondern weil es Verbrechen ist, wird es mit Zuchthaus bedroht. Aber ein Jurist dieser Denkart kann und will nur noch von rückwärts her denken. Die staatliche Verfassung ist für ihn nichts als ein Gesetz, das schwerer abänderbar ist, als andere Gesetze; die Ehe, ein Vertrag, der nur durch richterliches Urteil aufgelöst werden kann usw. *Was weiß man in Wahrheit juristisch von der Verfassung oder von der Ehe, wenn man solche Definitionen kennt?* Aber gerade sie gelten als juristisch besonders scharfsinnig. Und eine solche Denkweise wird Jahr für Jahr in Tausende und Zehntausende von jungen, gesunden Deutschen hineingetrieben. Es ist also nicht eine rechtshistorische Marotte, wenn wir gegen das römische Recht kämpfen, sondern wir kämpfen gegen einen heute noch an den Hochschulen und in der Juristenpraxis herrschenden Denktypus, einen uns wesensmäßig fremden Denktypus, der eine für uns fremde Art Juristendenkens in Deutschland zur Herrschaft gebracht hat.

Wenn wir ein nationalsozialistisches Rechtsdenken fordern und dabei viel vom Kampf gegen das römische Recht sprechen, ist unser Kampf so tief und universal wie jede nationalsozialistische Forderung, und man macht es sich allzu leicht und billig, wenn man über irgendwelchen Auswüchsen und Äußerlichkeiten das Wesentliche und Tiefe einer solchen nationalsozialistischen Forderung aus dem Auge läßt.

Der nationalsozialistische Kampf gegen das römische Recht ist ein Kampf gegen das Monopol und die Herrschaft eines bestimmten juristischen Denktypus. Es gibt verschiedene juristische Denkarten. Sie ergänzen sich, sie treten zu verschiedenen Zeiten verschieden in den Vordergrund und treten wieder ab. Das ist eine Frage der konkreten Situation, außerdem aber auch eine Frage der konkreten Art eines Volkes. *Jedes Volk hat einen ihm zugeordneten juristischen Typ*. Es ist selbstverständlich, daß der juristische Denkstil der Franzosen anders ist als der eines Deutschen oder Engländers. Trotzdem können beide juristisch denken und sich nach Lage der Sache sehr wohl über das verständigen, was Recht und Unrecht ist. Sie können sich aber nicht mehr verstehen, wenn sich zwischen sie jener abstrakte normativistische Typus

einschiebt und etwa sagt: Beim Versailler Vertrag handele es sich um eine geschriebene positive Norm, die – „Vertrag ist Vertrag" – ohne Rücksicht auf die Gerechtigkeit in der Sache und ohne Rücksicht auf die konkrete Ordnung des Zusammenlebens benachbarter Völker abstrakt als allein maßgebend zu betrachten sei. Das ist das Gegenteil nicht nur von Recht und Gerechtigkeit, sondern auch von Rechtswissenschaft und Rechtssicherheit.

Denn was ist die notwendige praktische Folge einer Herrschaft dieser Art abstrakter Begriffe? Es entsteht das, was wir in den Jahren 1921 bis 1924 schaudernd erlebt haben, Begriffe und Sätze von der Art des berüchtigten Satzes: „Mark gleich Mark." *Das ist die einzige Rechtssicherheit, die diese Art abstrakten Rechtsdenkens verschaffen kann*. Mit Mark gleich Mark, Vertrag gleich Vertrag, kann ich natürlich, sei es als Amtsrichter, sei es als Reichsgerichtsrat, einen Prozeß schnell und „sicher" entscheiden. Aber wer wird diese Art Sicherheit heute noch im Ernst für Rechtssicherheit halten?

Wenn wir an die Stelle der Würdigung der konkreten wirklichen Ordnung ein System abstrakter Normen und Begriffe setzen, zerstören wir nicht nur die Gerechtigkeit, sondern auch die Rechtssicherheit.

Es handelt sich darum, dem Recht der konkreten Wirklichkeit zum Siege zu verhelfen und damit auch zugleich der Rechtssicherheit, ja sogar einer vernünftigen Berechenbarkeit, wie sie eine abstrakte Norm und ein leerer Allgemeinbegriff niemals bewirken kann. Kein erfahrener Praktiker wird im Ernst behaupten, daß die Methode, Mark gleich Mark, Vertrag gleich Vertrag usw., Rechtssicherheit gewährleiste. Sie gewährleistet höchstens Straflosigkeit für strafbare Handlungen, wie sie umgekehrt, nach dem eingangs erwähnten Beispiel, dazu führen kann, daß nicht strafwürdige Handlungen als Verbrechen erscheinen.

Vor einigen Tagen hat eine Plenarsitzung des Reichsgerichts über die Frage der Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage, der sogenannten „alternativen" Tatbestandsfeststellung, stattgefunden. Es ist ein häufiger, fast alltäglicher Vorgang der Praxis, daß man nicht eindeutig feststellen kann, ob ein Delikt jedes einzelne Tatbestandsmerkmal der Hehlerei, Diebstahls oder Unterschlagung erfüllt.[1] Je raffinierter die allgemeinen Begriffe werden, die als Bestandteile dieser drei Tatbestände ausgefeilt und abgesondert werden, je abstrakter und daher, normativistisch gesehen, „juristischer" die Tatbestandsmerkmale werden, um so weniger kann man einen einfachen konkreten Fall mit Rechtssicherheit subsumieren. Mancher Fall eines Eigentumsdelikts kann dann überhaupt nicht mehr klar subsumiert werden, weil die abstrakten Subsumtionsmöglichkeiten durcheinandergehen, wie Schatten

---

[1] Vgl. darüber den Aufsatz von *Fr. Schaffstein*, „Juristische Wochenschrift", März 1934, S. 531 ff.

durcheinandergehen können. In solchen Fällen besteht kein Zweifel, daß ein schweres Eigentumsdelikt begangen wurde; die Methode der Subsumtion unter abstrakte Allgemeinbegriffe macht es aber unmöglich, sicher zu bestimmen, ob Diebstahl, Hehlerei oder Unterschlagung vorliegt. Es kommt bei den Beratungen des Richterkollegiums vor, daß der eine Richter Diebstahl, der andere Unterschlagung und ein dritter Hehlerei annimmt. Resultat: der Dieb muß freigesprochen werden! Das ist unfaßbar für das Rechtsempfinden nicht nur des Volkes, sondern auch jedes rechtswissenschaftlich denkenden Menschen, der nicht künstlich zum abstrakten Normativismus erzogen worden ist. Das Reichsgericht hat sich, wie ich höre, dazu aufgeschwungen, für Diebstahl und Hehlerei eine alternative Tatbestandsfeststellung zuzulassen. Das ist ein großer Erfolg, angesichts des geradezu fetischistischen Fanatismus, mit der das normativistische Dogma des Satzes „*nulla poena sine lege*“ von manchen Juristen vertreten worden ist. Daß aber die Methode der abstrakten Allgemeinbegriffe auch mit Rechtssicherheit nichts mehr zu tun hat, dürfte bei dieser Gelegenheit manchen „Positivisten“ zum Bewußtsein gekommen sein.

4.

Heute ist es kaum noch begreiflich, wie eine solche Methode sich als besonders „wissenschaftlich“ aufspielen und von sich behaupten konnte, sie sei zwar vielleicht nicht gerecht, aber sie diene wenigstens der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit. Nichts von alledem ist der Fall. In Wirklichkeit handelt es sich darum, daß der normativistische Typus juristischen Denkens, der mit dem Anspruch auftritt, das Monopol des juristischen Denkens zu besitzen, sich bei uns durchgesetzt hatte. Ich glaube, jener alte weise, amerikanische Jurist, von dem ich eingangs sprach und der den „Bankrott der *idées générales*“ feststellte, hatte auch mit Bezug auf diese Methode juristischen Denkens recht.

Unser nationalsozialistischer Kampf um das konkrete juristische Ordnungsdenken ist heute ein Kampf, der alle guten Geister aller Völker auf seiner Seite hat. Wie sehen seit Jahrzehnten, wie überall, wo noch gesundes juristisches Leben herrscht, Widerstand und Opposition sich gegen diese Methode richten.

Freirechtsbewegung und Tübinger Schule sind Beispiele dafür. Ich möchte jedoch, bei aller Hochschätzung ihrer Bemühungen, eines betonen: *Es kommt für uns heute nicht darauf an, die alte normativistische Methode zu korrigieren, sie elastischer zu machen, um sie dadurch womöglich zu retten und sie noch eine Zeitlang am Leben zu erhalten, sondern wir kämpfen für einen neuen Typus des deutschen Juristen.*

Selbstverständlich wird der Typus alter Art erwidern: Wir haben doch auch Begriffe wie Treu und Glauben, die *exceptio doli*, die Rücksicht auf die guten Sitten usw. gehabt. Es handelt sich aber darum, daß diese Begriffe nicht normativistisch gehandhabt, sondern aus einem konkreten Ordnungsdenken heraus *gestaltet* werden. Darauf, nicht auf der prozeßbeendenden Entscheidung an sich, der leeren Dezision, beruhen Wert und Würde eines richterlichen Urteils. Der Radikalismus, die Totalität des Denkens und der Ansprüche, die den Nationalsozialismus auszeichnen, gilt auch auf diesem Gebiet. Wir geben uns mit bloßen Anpassungen, Gleichschaltungen, Reformen, Korrekturen und Ventilen, die das alte System jetzt versucht, nicht zufrieden. In der neuen Situation eines Volkes müssen wir den neuen Typus des deutschen Juristen durchsetzen. Es muß eine ganz andere *Art* von Jurist sein, die in Deutschland zur Herrschaft kommt und ich glaube, sie ist auf dem Wege. Das wird nicht in einigen Jahren vollendet sein. Es ist selbstverständlich, daß die Nachwirkung eines Zustandes, der fast 500 Jahre mit größter Intensität angedauert und ein halbes Jahrtausend lang die Köpfe eines Volkes geformt hat, nicht in wenigen Monaten und Jahren beseitigt und überwunden werden kann.

5.

Das Erziehungswerk, das uns auf allen Gebieten des geistigen Lebens obliegt, ist auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft, der juristischen Schulung und Erziehung besonders groß und schwierig. Aber wer unsere Arbeit verfolgt hat, wird auch wissen, daß es in Angriff genommen ist und wir bereits ein gutes Stück Weges gegangen sind. Die heranwachsenden Generationen – dessen können alle Jahrgänge der deutschen Juristen gewiß sein – werden durch eine andere Schule gehen als die eines abstrakten Normativismus. Ihnen werden die normativistischen Ideogramme und Begriffsspielereien als das erscheinen, was sie sind, nämlich eine leere, lebensfeindliche, weder Gerechtigkeit noch Rechtssicherheit verbürgende Methode, die nur für denjenigen sinnvoll ist, der nicht mit dem konkreten, wirklichen Leben des deutschen Volkes verbunden ist. *Wir kommen von einem abstrakt-normativistischen Typus zu einem Typus konkreten Ordnungsdenkens*. Überall schafft der Nationalsozialismus eine andere Art Ordnung, von der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei angefangen bis zu den zahlreichen neuen Ordnungen, die wir vor uns wachsen sehen: ständische Ordnungen, Betriebsordnungen, Lager und Verbände, Ordnungen der verschiedensten Art.

Alle diese Ordnungen bringen ihr inneres Recht mit sich und wenn ein Teil der deutschen Juristen das nicht versteht, auch als rechtswissenschaftliches Problem nicht versteht, wird es ihm nichts nützen, sich auf die zusammenschmelzende Eisscholle eines krampfhaften Normativismus und Positivismus alter Art zurückzuziehen.

Er wird untersinken im Strom der Geschichte. Unser Streben aber hat die Richtung des lebendigen Wachstums auf seiner Seite und unsere neue Ordnung kommt aus uns selbst. Sie ist kein fremder, künstlicher, sinn- und situationsloser Gerüstbau. Sie ist auch in ihren juristischen Begriffen ein lebendiger Ausdruck gegenwärtiger Wirklichkeit.

Nach der letzten Durchführungsverordnung zum Reichserbhofgesetz (3. Durchführungsverordnung vom 27. April 1934, RGBl. I S. 348) ist der Führer des Reichsnährstandes, der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft, *Darré*, der Präsident des Reichserbhofgerichtes. Das ist eine Neuerung, die Ihnen zeigt, wie sich eine neue Art von Ordnung herausbildet. Es wäre nach den Begriffen des liberalen Rechtsstaates nicht denkbar, daß der Führer eines Standes, zugleich ein aktiver Reichsminister, der Präsident eines Gerichtshofes sein könnte. Und doch ergibt es sich, sobald man einmal die konkrete Ordnung eines wirklichen Standes lebendig vor sich sieht, von selber aus eben dieser Ordnung heraus. Alle die künstlichen Auseinanderreißungen und Trennungen, in denen sich das bisherige Rechtsdenken bewegte, sind gegenüber dieser natürlichen, konkreten Ordnung bedeutungslos, wertlos und heute auch keines echten Widerstandes mehr fähig.

Je mehr sich die alte, abstrakte Gesetzes-Jurisprudenz selbst *ad absurdum* führt, mag sie sich nun positivistisch oder rein wissenschaftlich gebärden, um so freier wird unsere neue Ordnung wachsen. Hier haben wir, wie ich schon sagte, alle guten Völker der Erde und alle ihre guten Geister auf unserer Seite. In allen Ländern deutet sich eine neue Entwicklung der Rechtswissenschaft an. Alle Länder und Völker suchen zu ihrem eigenen Boden, zu ihrem eigenen Blut und zu den natürlichen Ordnungen, die aus Blut und Boden entstehen, zurückzukehren und sich von dem artifiziellen Überbau der „*idées générales*" zu befreien. In diesem großartigen, die ganze Welt umfassenden Erneuerungsprozeß steht führend unsere nationalsozialistische Bemühung um das deutsche Recht und die deutsche Rechtswissenschaft. *Wir denken die Rechtsbegriffe um*. Das ist kein Vorgang, den man als bloß gefühlsmäßig, emotional und irrational mit den Antithesen von Politisch und Juristisch oder Weltanschaulich und Juristisch, abtun könnte. Es ist ein Vorgang, dessen Totalität gerade die denkerische und die echt *wissenschaftliche* Seite des Rechtslebens erfaßt, ein Vorgang, an dem teilzuhaben jeder von uns deutschen nationalsozialistischen Juristen stolz sein muß. *Wir sind auf der Seite der kommenden Dinge!*

21. Geleitwort
Der Weg des deutschen Juristen

Deutsche Juristen-Zeitung, 39. Jg., H. 11, 1. Juni 1934, Sp. 691–698

Geleitwort

Der Reichsführer der Deutschen Rechtsfront, Staatsminister Dr. *Frank*, hat mich als den Leiter der Fachgruppe Hochschullehrer des Nationalsozialistischen Deutschen Juristenbundes mit der Herausgabe der Deutschen Juristen-Zeitung beauftragt. Die Deutsche Juristen-Zeitung war stets eine der lebendigsten und inhaltreichsten juristischen Zeitschriften. Sie hat in glücklicher Weise Aktualität, Wissenschaftlichkeit und Rücksicht auf die Bedürfnisse der Rechtspraxis zu verbinden gewußt. Darauf beruht ihr großes Ansehen im In- und Auslande und die rege gegenseitige Beziehung zwischen Leserkreis und Zeitschrift.

Es entspricht dem Willen des Führers, im Rahmen des heutigen Staates zu erhalten, was erhalten zu werden verdient. Daher obliegt mir die Aufgabe, die Deutsche Juristen-Zeitung unter Wahrung ihrer bisherigen, auf der Verbindung von Praxis und Wissenschaft beruhenden Eigenart weiterzuführen. Gleichzeitig aber kommt es darauf an, die neuen Fragen und Pflichten zu erkennen, die den deutschen Juristen heute aufgegeben sind, und alles daran zu setzen, die Zeitschrift zusammen mit den anderen Zeitschriften der Deutschen Rechtsfront in den Dienst der Beantwortung dieser Fragen und der Erfüllung dieser Pflichten zu stellen. Nur so kann für eine gegenwartsnahe wissenschaftliche Zeitschrift im heutigen Deutschland die Gefahr vermieden werden, entweder in eine nichtssagende Neutralität oder in eine unfruchtbare Gegensätzlichkeit zum neuen Staate zu geraten.

Die Fachgruppe Hochschullehrer begrüßt es, daß die enge Verbindung, die zwischen den in der Reichsfachgruppe zusammengeschlossenen Hochschullehrern und dem Reichsjuristenführer besteht, durch die Arbeit dieser Zeitschrift eine neue Äußerungsmöglichkeit erhält. Durch die Stellung in der großen Gesamtorganisation des deutschen Rechtsstandes ist die Fachgruppe wohl in der Lage, den Anforderungen gerecht zu werden, die die Weiterführung der Deutschen Juristen-Zeitung in der besonderen, neuen Aufgabenstellung mit sich bringt. Ich übernehme die Herausgeberschaft, gestützt auf die Mitarbeit der Fachgruppe und im Vertrauen auf die Mitwirkung geeigneter

Autoren sowie einer Leserschaft, die durch das gleiche Sachanliegen mit der Zeitschrift verbunden ist.

Der Weg des deutschen Juristen

Auch im Wachsen und in der Gestaltung des Rechtslebens ist der Kampf der „Vater und König Aller". In der strengen wissenschaftlichen Auseinandersetzung erprobt sich das Alte und Überlieferte und rechtfertigt sich das Neue. Aber dieser geistige Kampf ist nur so lange fruchtbar, als der *gemeinsame Boden artgleicher Seins- und Denkweise* nicht verlassen wird. Die nationalsozialistische Bewegung hat uns den gemeinsamen Boden zurückerobert. Auf ihm können wir jetzt in voller Freiheit des Geistes unsere Gedanken klären, ohne befürchten zu müssen, statt der notwendigen Auseinandersetzung feindliche Auseinanderreißungen herbeizuführen. Gegenseitige Achtung vor der schöpferischen Arbeit aller Volks- und Standesgenossen in Praxis und Lehre ist die erste Vorbedingung jeder wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Ohne das würden wir bald in jene schlimmen Gepflogenheiten zurücksinken, die Absprecherei und Verhetzung als wissenschaftliche „Kritik" ausgaben oder in einer blutsfremden und bodenlosen Rechtstheorie allgemeine Schablonen an die Stelle konkreter Ordnungen setzten.

I. Der Sieg der nationalsozialistischen Bewegung hat auch die deutschen Juristen zum Bewußtsein ihrer selbst erweckt. Mancher deutsche Jurist, der seit 1919 in Resignation und Gleichgültigkeit verfallen war und einen angeblich unpolitischen und neutralen Gesetzespositivismus als Schicksal hinnahm, hat sich auf die lebendige, ihn selbst und seinen Stand rettende Aufgabe schöpferischer Rechtsgestaltung besonnen. Auch mancher in selbstsicherer Routine erstarrte Praktiker oder Theoretiker ist stutzig geworden. Aber auch hier verhält es sich so, wie es ein Freund des großen preußischen Reformers Roon in dem schwierigen Jahre 1865 diesem geschrieben hat: „Vom Stutzigwerden bis zur Wiedergeburt ist noch ein weiter Weg". Im Rechtsleben gibt sich die *Macht der Routine* gern als das *Recht der Gewohnheit* aus. Ein totes Schema tritt als das „bewährte Alte" auf, und bestimmte Methoden, Begriffe und Redewendungen brauchen nur eine halbe Generation hindurch geherrscht zu haben, um mit größter Selbstverständlichkeit als ewige Rechtswahrheiten zu erscheinen, die man mitmachen muß, wenn man nicht als unjuristisch gelten will. Die Neigung zur starren Dogmatisierung des „ewig Gestrigen" liegt nun einmal zwar nicht in der Natur des Rechts, aber wohl dessen, was man den „Rechtsbetrieb" genannt hat.

Wenn eine starke, ein ganzes Volk erfassende Bewegung allen Gebieten des völkischen Lebens und am stärksten natürlich dem Rechtsleben einen neuen Inhalt gibt, müssen die bisherigen Begriffe und Methoden sich einer

Probe unterziehen. Sie werden vor die *Alternative* gestellt, entweder eindeutig den neuen Geist in sich aufzunehmen oder als schädliche Überbleibsel verworfen zu werden. Auch hier tritt allerdings ein Zwischenstadium ein, in welchem man versucht, Worte und Begriffe „*gleichzuschalten*“, soweit sie einer Gleichschaltung fähig sind. Doch ist die Gleichschaltung nur ein Schritt auf dem Wege zur inneren Erneuerung und Umbildung. Der eigentliche Erneuerungsvorgang aber bringt begreiflicherweise starke Auseinandersetzungen und geistige Kämpfe mit sich. Das ist nur ein Zeichen echten Lebens. Die gesamte Behandlung juristischer Fragen wird dadurch tiefer und weiter. Bequeme Hinweise und Bezugnahmen auf Vorentscheidungen, überlieferte Lehrmeinungen oder beliebte Kommentare reichen dann nicht mehr aus. Fragen, die bisher als theoretisch oder grundsätzlich galten, wie z. B. der Begriff des „Rechtsstaates“ oder der Satz nulla poena sine lege, gewinnen plötzlich ein lebhaftes praktisches Interesse, weil jeder Jurist fühlt, daß sie ihn unmittelbar angehen und von ihm eine Entscheidung verlangen, die seine Existenz als Jurist betrifft. Vor allem entfällt auch die billige Ausrede, mit deren Hilfe man sich sonst neuer Gesichtspunkte und Gedanken erledigt, indem man sie als bloß „rechtspolitisch“ hinstellt und zwischen der *lex lata* und der *lex ferenda* eine tiefe Kluft aufreißt.

In Wahrheit bedeutet die übertriebene Auseinanderreißung von geltendem und künftigem Recht nichts anderes als die Auseinanderreißung von Vergangenheit und zukunftsträchtiger Gegenwart. Es ist eine Sonderung von Altem und Neuem, aber nur zugunsten des Alten und Vergangenen auf Kosten des Neuen und Gegenwärtigen. Das Vergangene und Überlebte gibt sich dabei unversehens als das „Positive“ und allein Geltende, das Neue und lebendig Wirkliche wird als eine „unjuristische“ Angelegenheit in die „Politik“ und die Gesetzgebung abgeschoben. Diese schädliche, ja unheilvolle Methode führt dazu, völlig überwundene Rechtsvorstellungen als positives Recht weiterzuführen und nicht mehr geltenden Anschauungen auf dem Wege über einen falsch verstandenen juristischen Positivismus eine künstliche Weiterexistenz zu verschaffen. Dadurch wird dann auch die juristische Betätigung und der Juristenstand selbst in ein falsches Licht gesetzt und sein Ansehen bei allen „nichtjuristischen“ Volksgenossen aufs schwerste gefährdet. Denn dadurch erscheint die juristische Tätigkeit als etwas, was nur vergangene Dinge betrifft, und der Jurist verwandelt sich in einen Funktionär und Diener des Alten in dessen Kampf gegen das neue Leben.

II. Im Mittelpunkt aller heutigen Fragen steht das *Verhältnis des Richters zum Gesetz*. Das ist keine allgemeine, abstrakt zu beantwortende Frage, sondern der eigentliche Kernpunkt aller theoretischen und praktischen Belange des gesamten deutschen Juristenstandes. Von der Beantwortung dieser Frage hängt nicht nur die Tätigkeit und die Lage des beamteten Richtertums ab, auch die Art der Tätigkeit des Anwalts ist wesentlich durch die Art der Tätig-

keit des Richters bestimmt. Jede Auskunft, die der Anwalt einem Klienten erteilt, berechnet in irgendeiner Weise die konkrete Wirklichkeit des Verhältnisses von Richter und Gesetz. Aber auch die juristische Ausbildung, das Prüfungswesen, die Erziehung der jungen Juristen an den Hochschulen sind an dieser Frage ausgerichtet. Es ist also kein Zufall, sondern ein Beweis neuen juristischen Lebens, daß z. B. die Erörterung des Satzes „nulla poena sine lege“[1] einen solchen Umfang annimmt. Denn wenn es gelingt, die Herrschaft eines ausschließlich auf einen vergangenen Gesetzeswillen gerichteten Gesetzespositivismus im *Strafrecht* zu brechen, ist der Weg für eine lebendigere Rechtspraxis auch auf allen anderen Rechtsgebieten freigelegt.

Es ist daher wohl verständlich, daß eine Entscheidung wie das Urteil des 2. Strafsenats des RG. vom 18. Dez. 1933 über die mißbräuchliche Benutzung von Münzfernsprechern (JW. 1934 S. 1241), das offensichtlich strafwürdige Handlungen mangels eines strafgesetzlichen Tatbestandes für straflos erklärt, nicht aufhören wird, sowohl unser Rechtsgefühl wie unser Rechtsdenken zu beschäftigen. Eine solche Entscheidung muß über die juristische Unmöglichkeit des einzelnen Ergebnisses hinaus bei allen deutschen Juristen Aufsehen erregen, weil sie das Mißverhältnis eines angeblichen Gesetzespositivismus zu unserem Rechtsempfinden besonders kraß zutage treten läßt. Heute wird jeder den Satz „Kein Verbrechen ohne Strafe“, nullum crimen sine poena, gegenüber dem Satz „Keine Strafe ohne Gesetz“, nulla poena sine lege, als die höhere und stärkere Rechtswahrheit empfinden und den Gesetzesbegriff in diesem Satze „Keine Strafe ohne Gesetz“ entsprechend auslegen.

Daß jede gesetzte Regel ihr Leben erst durch die Praxis erhält, ist bekannt. Es ist aber vielfach noch unklar geblieben, in welchem Maße auch die scheinbar problemlose „positive“ Auslegung fast jedes Gesetzeswortes von einem ganz bestimmten Geist getragen ist. Es gibt nämlich keinen irgendwie beachtlichen Buchstaben ohne Geist. Die Trennung von Buchstabe und Geist, Wort und Sinn des Gesetzes ist im Grunde unvorstellbar. Es gehört zu den großen und grundlegenden wissenschaftlichen Einsichten, die wir dem Nationalsozialismus verdanken, daß die falschen Auseinanderreißungen und Trennungen von Materie und Geist, Blut und Seele, Wort und Sinn überwunden werden müssen. Ein jedes Geistes beraubter Buchstabe kann uns ebensowenig interessieren, wie ein beziehungsloser Geist, der sich in keinerlei Wort oder Zeichen erkennbar macht. Eine juristische Auslegung, die sich gegenüber dem neuen Geist auf das bestehende Wort beruft, gründet sich daher in Wahrheit nicht etwa auf das *Wort* im Gegensatz zum *Geist*, sondern nur auf den *alten bisherigen Geist* im Gegensatz zu dem *neuen Geist* eines Wortes.

---

[1] Vgl. *Klee*, Strafe ohne geschriebenes Gesetz, DJZ 1934 Sp. 639, sowie vor allem *Henkel*, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat; Hamburg 1934, u. *Dahm*, in Deutsches Strafrecht, März 1934.

Wenn das KG. (Beschluß vom 11. April 1934 – JW. 1934 S. 1274 ff.) in der Frage des Firmenzusatzes „deutsch“ meint, es komme nicht darauf an, ob unser heutiges, erwachtes Nationalgefühl durch die geschäftliche Verwertung des Wortes „deutsch“ verletzt wird, und wenn es außerdem glaubt, die Weiterführung derartiger bestehender Firmennamen verstoße nicht gegen die guten Sitten, so ist das in Wahrheit keineswegs der Standpunkt der lex lata im Gegensatz zur lex ferenda, keineswegs geltende gegen noch nicht geltende Rechtsanschauung, sondern nur der Standpunkt des vergangenen, *früher* geltenden Geistes gegen den *jetzt* geltenden gegenwärtigen Geist. Es ist der Ausfluß einer bestimnten, keineswegs unzweifelhaften Vorstellung vom Gesetz und vom Verhältnis des Richters zum Gesetz, nämlich die Auffassung des Gesetzes als einer in der Vergangenheit liegenden Fixierung eines vergangenen Willens, und weiterhin die Auffassung, daß der Jurist die Aufgabe habe, das Vergangene so lange gegen das Gegenwärtige zu halten, bis ein spezieller Befehl des Gesetzgebers ihm das unmöglich gemacht habe.

Glücklicherweise ist diese den Juristen in die Vergangenheit hineinstoßende Auffassung in der heutigen deutschen Praxis nicht unbedingt anerkannt. Es gibt im Gegenteil in der Rechtspraxis auch manche Beispiele einer ganz außerordentlich weitgehenden Anerkennung der *Selbständigkeit des Richters sogar gegenüber dem klaren Willen des Gesetzes*, die in einem merkwürdigen Gegensatz zu dem sonst meistens bekundeten strengen Gesetzespositivismus stehen. In dem Streit über den Beamtenbegriff hat das RG. aus dem „inneren Wesen der Sache“ heraus selbst gegenüber einem klar zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzes sich an das „innere Wesen“ gehalten. Der 3. Zivilsenat des RG. hat in dem Urteil vom 11. Okt. 1929 (RGZ. 125, 420 ff.) gesagt: „Der Gesetzgeber würde, wenn er mit jener (beamtenrechtlichen) Vorschrift die Kundgebung des Anstellungswillens durch Übertragung von Dienstverrichtungen öffentlich-rechtlicher Art hätte ausschließen wollen, etwas geradezu *rechtlich Unmögliches und Undurchführbares* angeordnet haben. Eine solche Vorschrift würde sich über die *Schranken* hinwegsetzen, die dem *Gesetzgeber* durch den mit *innerer Notwendigkeit* gegebenen Zusammenhang zwischen der Betätigung von Hoheitsakten und der amtlichen Stellung gezogen sind, und würde deshalb *keine Beachtung* verdienen“.

Man wird hinsichtlich dieses reichsgerichtlichen Urteils, das für die – in einem späteren Aufsatz noch besonders zu behandelnde – Neigung zur Konstruktion subjektiver Rechte und Entschädigungsansprüche besonders aufschlußreich ist, verschiedener Meinung sein können. Hier kommt es darauf an, daß die deutschen Gerichte manchmal auch eine sehr weitgehende Unabhängigkeit vom Gesetzgeber in Anspruch genommen haben. Die Frage nach dem Verhältnis von Richter und Gesetz ist daher mit dem bloßen Hinweis auf die lex lata oder die Positivität einer Bestimmung in keiner Weise beantwor-

tet. Die Worte jeder gesetzlichen Bestimmung stehen im Rahmen einer bestimmten *Gesamtordnung*, deren Geist jedes Wort durchdringt. Es sind nicht nur die in letzter Zeit vielbehandelten „Generalklauseln“[2] und die immer elastischer werdenden Begriffe und Tatbestände, um die es sich hier handelt. Auch der Sinn *bisher bestimmter* Worte kann sich dadurch ändern, daß die Grundlage eines Rechtssystems sich im ganzen erneuert hat.

Das ist für eine richtige Stellungnahme zur Frage der *Rechtssicherheit* und *Berechenbarkeit* des Rechtslebens von großer Bedeutung. Auch diese Frage darf nicht von der Vergangenheit gesehen werden, mit dem Ziel, die Zukunft vom Gestrigen her zu beherrschen. Kein Staat ist in gleichem Maße wie der starke nationalsozialistische Staat imstande, wirkliche Rechtssicherheit und Berechenbarkeit zu gewährleisten, aber der Anspruch auf Rechtssicherheit und Berechenbarkeit darf selbstverständlich nicht von einer dem Nationalsozialismus entgegengesetzten oder gar feindlichen Ordnungsgrundlage ausgehen und von dem neuen Staat verlangen, daß er sich den „Berechnungen und Erwartungen“ seiner Gegner unterwerfe. Auch für jede vernünftige Forderung der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit gilt, daß sie keine abstrakten Angelegenheiten sind. Sonst wäre das Ergebnis dieser Sicherheit und Bestimmtheit nur ein leeres Festhalten an einem sinn- und situationslos gewordenen Gesetzeswort, wie wir das in den Jahren 1921–1924 mit dem höchst „positivistischen“ Satz „Mark = Mark“ erfahren haben. Diese traurige Zeit der Geldentwertung müßte uns wenigstens die Erkenntnis hinterlassen haben, daß die Festigkeit und Sicherheit eines Gesetzeswortes nicht auf einem sinn- und geistentleerten Buchstaben oder einer bloßen Ziffer beruhen kann. Die Sicherheit einer Gesetzesbestimmung besteht weder in der Beibehaltung von Worten und Sätzen einer losgelösten Gesetzesnorm, noch im Festhalten an früheren unhaltbar gewordenen Auffassungen, sondern nur in der Festigkeit einer staatlichen Gesamtordnung, von deren Geist und Weltanschauung jeder mit der Anwendung und Gestaltung des Rechts betraute Jurist durchdrungen sein muß.

III. Daß unsere Rechtspflege vom nationalsozialistischen Geist getragen sein muß, ist also kein bloßes allgemeines Postulat, keine von außen an die juristische Lehre und Praxis herangetragene Programmforderung, der man mit einigen Zitaten aus *Adolf Hitlers* „Mein Kampf“ Genüge getan hätte. Man wird vielmehr an jeder einigermaßen bedeutungsvollen richterlichen oder sonstigen juristischen Stellungnahme bald erkennen, ob sie der Vergangenheit entspringt oder in unserer lebendigen Gegenwart steht. Darin liegt der eigentliche und tiefere Sinn der *Frage, ob die Weimarer Verfassung noch*

---

[2] Vgl. *J. Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, Jena 1933; *H. Lange*, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, Tübingen 1933, und die Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis, JW. 1933, 2793.

gilt. Hier sind nur scheinbar gegensätzliche Meinungen zutage getreten[3]. Der Leiter der Reichsfachgruppe der Deutschen Verwaltungs-Juristen, Ministerialdirektor *H. Nicolai*, hat in seinem ausgezeichneten Kommentar zu dem Gesetz vom 30. Jan. 1934 (S. 32 f.) selber gesagt, daß alles, was von der Weimarer Verfassung noch gelte, *nur nach dem Willen des Führers gilt*. Dieser Wille des Führers ist demnach die Rechtsgrundlage. Daran ist kein Zweifel. Auch betont Nicolai, daß der Rechtsgeist oder Staatsgeist der Weimarer Verfassung keinesfalls mehr maßgebend ist, vielmehr ein neuer, nationalsozialistischer Geist über den Ungeist von Weimar triumphiert, mit einer neuen Auslegung des Gesetzbuchstabens auf *allen* Rechtsgebieten. Es ist danach m. E. nicht mehr möglich, von Bestimmungen der Weimarer Verfassung als geltender *Verfassung* zu sprechen. Zu jeder Staatsordnung gehört ein eigentümlicher Begriff von Verfassung, den jede Staatsordnung von sich aus bestimmt. Auch Nicolai würde sich nicht mit einem Liberalen in eine Diskussion darüber einlassen, ob die Verfassung eines nationalsozialistischen Staates überhaupt eine „Verfassung im Rechtssinn" sein könnte.

Wenn aber einzelne Sätze der Weimarer Verfassung, z. B. Art. 131 (Körperschaftshaftung bei Mißbrauch der anvertrauten öffentlichen Gewalt), als einfache Gesetze weiter gehandhabt werden, so ist das ein in der Rechtsgeschichte häufiger Vorgang und hat mit der Frage der Weitergeltung der Weimarer Verfassung nichts zu tun[4]. In dem deutschen Reichsland Elsaß-Lothringen galten nach 1871 sogar noch Bestimmungen französischer Verfassungen, aber niemand ist auf den Gedanken gekommen, zu behaupten, in Elsaß-Lothringen gelte wenigstens teilweise und „formell" noch die französische Verfassung.

Die heutige Anwendung solcher aus der Weimarer Verfassung übernommenen Sätze muß sich freilich mit besonderer Vorsicht von einer Auslegung fernhalten, die aus dem alten Geist entspringt, z. B. bei Art. 131 von der liberalistischen Justizstaatlichkeit, die zu einer grenzenlosen Einmischung der bürgerlichen Gerichte in alle Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung führt. Hierfür bietet das im Reichsverwaltungsblatt v. 3. März 1934 Nr. 9 S. 178 ff. behandelte Urteil des RG. v. 27. Okt. 1933 (III 82/33) ein lehrreiches Beispiel. Auch gegenüber solchen als „einfache Gesetze" weiter gehandhabten Regeln wäre es falsch, sie in der Gesamtordnung des bisherigen

---

[3] Vgl. insbes. *H. Nicolai*, Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz v. 30. Jan. 1934 (Das Recht der nationalen Revolution Heft 9) S. 32 f., *H. Pfundtner*, Vom Bismarckreich zum Dritten Reich, Berlin 1934 S. 25.

[4] Vgl. hierzu vor allem auch das von dem preuß. Finanzmin. in einem Runderlaß mitgeteilte Schreiben des Reichsmin. d. Innern IV 6181/28. 3. v. 12. April 1934, wonach die im Art. 129 Abs. 3 S. 3 der Weimarer Vcrf. enthaltene Bestimmung, daß dem Beamten Einsicht in seine Personalakten zu gewähren sei, „als durch die Verhältnisse überholt anzusehen und ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung außer Kraft getreten" sei.

Rechtssystems und der ihm zugehörenden Auslegungsweise zu belassen. Sie sind vielmehr *völlig* in die heutige Grundordnung einzufügen. Die alles durchdringende Einheit des neuen Rechtsdenkens liefert auch die alles beherrschende Auslegungsregel, von der wir heute ausgehen müssen.

IV. Die Frage, „welche Artikel der Weimarer Verfassung heute noch gelten und welche nicht mehr gelten", ist unbeantwortbar, weil sie falsch gestellt ist und die juristische Tragweite des Satzes, daß unser gesamtes Rechtsleben heute auf eigenem Boden steht, durchaus verkennt. Dem gesamten ersten Abschnitt der Weimarer Verfassung „Reich und Länder" war z.B. bereits durch das Reichsstatthaltergesetz v. 7. April 1933 die Grundlage entzogen, wenn auch einzelne Einrichtungen und Normen mit neuem Sinn auf neuer Grundlage weitergeführt wurden. Mit dem Gesetz über den Neuaufbau des Reichs v. 30. Jan. 1934 aber ist dieser Abschnitt ganz entfallen. Die ausdrückliche Aufhebung des Reichsrats (Ges. v. 14. Febr. 1934, RGBl. I S. 89) war der Ordnung halber zweckmäßig, weil die Einrichtung des Reichsrats in dem Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (sog. Ermächtigungsgesetz v. 24. März 1933) besonders erwähnt und vorbehalten war, während die ausdrückliche Beseitigung des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats durch das Gesetz v. 23. März 1934 (RGBl. II S. 115) deshalb zweckmäßig war, weil ein Gesetz v. 5. April 1933 (RGBl. I S. 165) den Vorläufigen Reichswirtschaftsrat neu geregelt hatte. Man darf solche in der Form von ausdrücklichen Gesetzen erfolgenden Liquidierungen und Bereinigungen einer Übergangszeit nicht zu einem argumentum e contrario mißbrauchen und verlangen, daß jede Einzelheit des vergangenen Systems „juristisch" weiterbesteht und nominatim et specialiter durch Reichsgesetz beseitigt werden müsse, widrigenfalls sie in Ewigkeit weiterbestehe. Der Gesetzgeber kann nicht jedem Satz der früheren Gesetze neue Fassungen geben und nicht jeden Augenblick der Verfassungentwicklung registrieren. Die Einrichtung des Reichsrats z.B. war schon unmittelbar nach dem Gesetz vom 30. Jan. 1934 in keiner Weise, auch juristisch nicht mehr vorhanden, weil mit diesem Gesetz die letzten Reste der bundesstaatlichen Organisation, soweit sie Verfassungsorganisation war, entfallen sind. Infolgedessen ist z.B. auch der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, der auf Art. 19 der Weimarer Verfassung, der letzten Bestimmung des Abschnittes Reich und Länder, beruht, mit diesem Verfassungsabschnitt entfallen und heute rechtlich nicht mehr existent. Wenn die Länder keine Staaten mehr sind und den letzten Bestand eigener Hoheitsrechte verloren haben, können weder Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, noch Streitigkeiten zwischen den Ländern, noch gar „Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes" Gegenstand einer Staats- oder Verfassungsgerichtsbarkeit sein. Der Staatsgerichtshof könnte eine „Verfassungsstreitigkeit innerhalb eines Landes", die heute irgendeine Organisation unter irgendeinem Vorwand anhängig zu machen sucht, nicht einmal mehr entgegennehmen, ohne gegen die

rechtliche Grundordnung des heutigen Staates zu verstoßen. Hierfür ist es meiner Ansicht nach ohne juristische Bedeutung, ob diese Einrichtung, im Gefolge von Reichsrat und Reichswirtschaftsrat, durch ein besonderes Gesetz ausdrücklich eigens aufgehoben wird oder nicht.

V. Diese kurzen Bemerkungen zur „Geltung der Weimarer Verfassung“ sollten an einem besonders anschaulichen Beispiel, dem Verhältnis zur früheren verfassungsgesetzlichen Regelung, deutlich machen, wie sehr unser Rechtsleben auf einer neuen Grundordnung beruht und der deutsche Jurist den neuen Aufgaben gerecht werden muß, die sich aus einer lebendigen Entwicklung fortwährend ergeben. Überall, in Staat und Stand, im wirtschaftlichen und kulturellen Leben entstehen neue Ordnungen. Die Welt unseres Rechts erneuert sich in raschem Wachstum. Viele besonders wichtige, neue Rechtsbegriffe und Rechtsvorstellungen sind mit den Methoden und Kategorien des für eine andere Gesamtordnung ausgebildeten früheren Rechtsdenkens überhaupt nicht zu begreifen und würden sofort entstellt, wenn man sie juristisch damit erfassen wollte.

Es wäre falsch, die neuen Aufgaben unseres Rechtslebens überhaupt als etwas „Unjuristisches“ hinzustellen und dem Tätigkeitsbereich des deutschen Juristen zu entziehen. Bei einer solchen Vorstellung von „Juristisch“ bliebe dem Juristen in der Tat nichts übrig, als sich selbst zu einem belanglosen Nachhall und Nachläufer der Rechtsentwicklung zu machen, und es gälte für ihn, was *Paul Ritterbusch* von dem Gesetzespositivismus der letzten Jahrzehnte gesagt hat: er kommt immer zu spät. Das wäre das Ende eines selbständigen, angesehenen Juristenstandes. Die große Aufgabe der geistigen Durchdringung und Gestaltung des fortwährend wachsenden Rechts, der vernünftigen Anpassung bisheriger Bestimmungen und der sinnvollen Entwicklung neuer Regeln wäre nicht etwa aus der Welt geschafft; sie ginge nur in *andere* Hände als die des deutschen Juristentums über. Dann hätte ein Berufsstand von großer Vergangenheit sein gegenwärtiges Daseinsrecht verloren.

Unserer Auffassung nach hat der deutsche Jurist auch heute noch die Aufgabe, *Führer und Träger der deutschen Rechtsentwicklung* zu sein. Auch in der täglichen Rechtspraxis hat er sich als ein selbständiger Arbeiter des Rechts zu bewähren. Daß er dabei an Recht und Staat gebunden bleibt, versteht sich nicht nur von selbst, sondern bestimmt überhaupt erst den Boden, auf dem allein diese Arbeit möglich und fruchtbar ist. Der deutsche Jurist ist weder eine freischwebende Intelligenz noch ein Werkzeug staatsfremder oder gar staatsfeindlicher Kräfte und Mächte. Seine Bindung ist Einfügung in eine auf Artgleichheit gegründete Ordnung eines Volkes, zu dem auch der Jurist und seine geistige Leistung gehört; sie ist keine Fesselung an nur Bisheriges und Totes, sondern die innere Zugehörigkeit zur lebendigen Wirklichkeit eines wachsenden Rechts und zu der gegenwärtigen Gesamtordnung unseres deutschen Volkes.

22. Unsere geistige Gesamtlage und unsere juristische Aufgabe

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht,
1. Jg., H. 1, 1. Juni 1934, S. 11–12

Zwei große Invasionen fremden Rechts sind in das deutsche Volk und sein Rechtsleben eingedrungen: Die Rezeption des römischen Rechts im ausgehenden Mittelalter und die Rezeption des liberalen Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert. Beide Vorgänge waren nicht etwa ein gegenseitiger Austausch von Gedanken und Einrichtungen, wie er unter benachbarten und verwandten Völkern natürlich und vernünftig ist. Es waren Einbrüche, die nur durch eine *geistige Unterwerfung* unter fremde, in sich formierte, ausgearbeitete *Begriffs- und Denksysteme* möglich wurden. Sie haben nicht nur einzelne volksfremde Rechtssätze nach Deutschland gebracht, nicht etwa nur das öffentliche und das private Recht inhaltlich in einem mehr oder weniger weiten Maße inhaltlich verändert, sondern die geistige *Gesamthaltung, den Typus des Juristen* in unheilvoller Weise bestimmt. Zu den Folgewirkungen der Rezeption eines fremden, ausgebauten Denksystems gehört nämlich vor allem, daß die *Denkart* sich umbiegt und an die Stelle eines konkreten Ordnungsgedankens der lebendigen und gegenwärtigen Wirklichkeit ein abstrakter Normativismus tritt, der es schließlich bewirkt, daß nur noch das Denken in leeren Allgemein-Begriffen für „wissenschaftlich" und „rein juristisch" gehalten wird.

Zwischen Sitte und Recht, Gewohnheit und Regel, Gerechtigkeit und Justiz, Sachverhalt und Urteil schiebt sich dann ein Netz abgezogener, situationsfremder Definitionen, Normen und Prozeduren. Unter bewußtem Verzicht auf das Recht der guten Sache suchte man statt dessen die „Rechtssicherheit" der berechenbaren Norm und ihres „gesetzmäßigen" Funktionierens. Aber ein sinn- und situationsloser Normativismus und eine gegenüber der lebendigen Wirklichkeit beziehungslose Regelhaftigkeit vermag nicht nur keine Gerechtigkeit, sondern auch keine wirkliche Rechtssicherheit zu gewährleisten. Er kann höchstens zweifelhafte Allgemeinheiten bewirken. Wenn das spezifisch Juristische zum Unterschied von allen übrigen Gebieten und Aufgaben menschlichen Lebens und Denkens – Religion, Weltanschauung, Sittlichkeit, Politik und Wirtschaft – als einzig selbst genügender Bereich losgelöster Normen behandelt wird, muß es schließlich in einen offenen *Gegensatz* zu allen diesen Gebieten und ihrer inneren Ordnung treten. Über der Wirklichkeit der Ordnungen und Gestaltungen des Gemeinschaftslebens

erhebt sich dann ein künstlicher Überbau von Allgemein-Begriffen und generellen Normen, ein artifizielles Gerüst, mit dessen Besteigung die juristische Praxis wie die juristische Theorie sich immer vom Volk, vom Leben, aber auch von jeder wahren Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, ja von jedem sinnvollen Begriff des Rechtes überhaupt entfernen.

Heute erleben wir den Zusammenbruch einer künstlichen Welt nicht nur im Rechtsdenken, sondern auf allen Gebieten des Geistes und der Seele. Der positiven Totalität der von Adolf Hitler geführten Bewegung steht die negative Totalität eines allgemeinen Zusammenbruchs gegenüber. Eine ganze Welt von Antithesen, ein riesiges System von Auseinanderreißungen, die Blut und Seele, Materie und Geist, Leben und Denken, Recht und Staat in einen Gegensatz brachten, ein Überbau abstrakter Begriffe, das in mehreren Jahrhunderten errichtete und ausgebaute Reich der „idées générales“ stürzt ein. Seine Trümmer werden manchen begraben und manches Leben verschütten. Seine Fragmente werden von vielen als „klassische“ Vorbilder den noch unvollendeten nationalsozialistischen Rechtsformen entgegengehalten.

Wir stehen vor der Aufgabe, für das aus unserem neuen Leben fließende Wissen eigene Formen und Begriffe zu finden und ihm dadurch Dauer und Widerstandskraft zu geben. Kein deutscher Jurist kann sich einer solchen Aufgabe entziehen. So sicher eine fremde Legalität tötet und selbst dem kräftigsten Leben gefährlich werden kann, ebenso sicher bedarf jedes Leben seiner eigenen, wesensgemäßen Ordnung und Gestalt, als der Sichtbarwerdung seiner inneren Wahrheit, in der „ein Volk sich selbst und dem Gott begegnet“.

Wir gehen mit großer Freude und unbezwinglichem Mut an diese juristische Aufgabe. Wir wollen nicht normativistische Fassaden, sondern konkrete Ordnungen der Wirklichkeit von Staat, Bewegung, Volk schaffen. Im vergangenen liberalen Jahrhundert, während des heftigsten Kampfes um das Verfassungsrecht des preußischen Soldatenstaates, in dem Konfliktsjahr 1865, hat der preußische Kriegsminister von Roon, ein Preuße, ein Soldat und ein Verwaltungsmann von höchstem geschichtlichen Rang, damals den verzweifelten Ausspruch getan: „Unsere Gegner sind unausgesetzt in der Initiative. Die Vorteile der Initiative aber sind im Kampfe der Geister wie der Waffen gleich entscheidend.“ Das trifft zu. Heute aber ist trotz unserer Waffenlosigkeit unsere Lage anders; heute ist dank dem unwiderstehlichen Vordringen nationalsozialistischer Gedanken die geistige Initiative auf unserer Seite. Mit uns sind alle guten Geister aller guten Völker, im Verfassungsrecht wie im Völkerrecht, in der Arbeit um neue soziale und ständische Ordnungen wie in den Bemühungen um die Erneuerung der natürlichen Lebensgemeinschaften von Familie, Gemeinde und Volk. Unser Kampf ist der Kampf des Rechts gegen einen leeren Normativismus, der Wahrheit gegen die Fiktion, der konkreten Ordnung gegen ein künstlich überdecktes Chaos und eine formalistisch überbaute Anarchie.

23. Konfliktserhebung bei Schadensersatzansprüchen gegen Staat und Körperschaften des öffentlichen Rechts?

Deutsche Juristen-Zeitung, 39. Jg., Nr. 12, 15. Juni 1934, Sp. 776–780

Zu der Frage des Schadensersatzes bei Amtspflichtsverletzungen eines Beamten (Art. 131 der Weimarer Verfassung) ist vor kurzem ein Urteil des RG. v. 27. Okt. 1933 (III 82/33 i. S. des Preuß. Staates, vertreten durch den RegPräs. in M., Bekl., RevKl. gegen die Rittergutsbesitzersehefrau B., Kl. und RevBekl.) ergangen, das von Herrn Polizeipräsidenten z. D. *Drews* im RVerwBl. Nr. 9 v. 3. März 1934 S. 178 ff. ausführlich besprochen worden ist. Die DJZ wird zu den rechtlichen Gesichtspunkten und Erwägungen dieser Entscheidung noch besonders Stellung nehmen, sobald das Urteil mit den Entscheidungsgründen im vollen Wortlaut gedruckt vorliegt. Der Aufsatz von *Drews* nimmt diese Entscheidung zum Anlaß, um die Frage der *Wiedereinführung der Konfliktserhebung* aufzuwerfen.

Das Urteil ist allerdings geeignet, den vernünftigen Sinn der Einrichtung der sog. Konfliktserhebung, als einer Schranke gegen die Belastung der Gerichte mit Fragen der öffentlichen Verwaltung, deutlich erkennbar zu machen. Auf dem Weg über einen irgendwie konstruierten Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtsverletzung läßt sich jede Angelegenheit der öffentlichen Verwaltung zum Gegenstand eines bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreits machen. Zwar bestehen in Preußen und anderen Ländern noch besondere, nach § 17 Abs. 2 GVG, vorbehaltene Gerichtshöfe zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten, die auf Grund eines von der Verwaltungsbehörde erhobenen *Kompetenzkonflikts* über die Zulässigkeit des Rechtsweges entscheiden. Sie können willkürlichen Verkleidungen öffentlich-rechtlicher Ansprüche auch im Falle des Art. 131 vorbeugen, indem sie den Rechtsweg nur dann für zulässig erklären, wenn zur Begründung der Amtspflichtsverletzung „genügend bestimmte Tatsachen" in der Klagebegründung vorgebracht werden[1]. Doch stammt diese Einrichtung aus der Zeit, in der die *Länder* und *nicht das Reich* Träger der staatlichen Verwaltungshoheit waren. Außerdem reicht sie nicht aus, um eine klare Sonderung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten von Fragen der öffentlichen Verwaltung herbeizuführen und der Eigenart einer staatlichen oder sonstigen öffentlichen Verwaltung die nötige Berücksichtigung zu

[1] Vgl. z. B. *Stölzel*, Die neueste Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, 5. Nachtrag. Berlin 1934, S. 22, 27.

gewährleisten. Ein solcher Schutz der öffentlichen Verwaltung ist aber notwendig, nicht etwa nur gegen „vexatorische" Klagen und Ansprüche von Privatinteressenten, sondern grundsätzlich deshalb, weil *die öffentliche Verwaltung eines großen Staates und die inneren Verhältnisse eines öffentlich-rechtlichen Organismus nicht den Maßstäben und Gesichtspunkten bürgerlicher Interessengegensätze unterworfen werden dürfen*[2].

Zur Sicherung einer klaren Abgrenzung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen und zum Schutz gegen eine Unterwerfung des öffentlichen Lebens unter die Normen und Gesichtspunkte des privaten bürgerlichen Rechts haben sich selbst im bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts verschiedene Rechtseinrichtungen als notwendig erwiesen. Für das Staatsgefüge des Bismarckschen Reiches ist es kennzeichnend, daß solche Sicherungen nicht im Reich, sondern nur in den Ländern bestanden. Darin zeigt sich, in welchem Maße die in der „Exekutive" liegende staatliche Kraft den Ländern verblieben war. Das preuß. Recht kannte außer dem „Kompetenzkonflikt", den der preuß. Gerichtshof zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten (V. v. 1. Aug. 1879, Ges. v. 22. Mai 1902) entschied, gegenüber bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen wegen polizeilicher Verfügungen eine weitere Beschränkung des zivilgerichtlichen Entscheidungsbereichs: der Rechtsweg war in solchen Fällen erst zulässig, wenn die polizeiliche Verfügung im Wege der Beschwerde oder im Verwaltungsstreitverfahren aufgehoben worden war (§ 6 des Ges. v. 11. Mai 1842, § 131 des Landesverwaltungsgesetzes und § 5 des preuß. Staatshaftungsgesetzes Ges. v. 1. Aug. 1909). Selbständig daneben bestand drittens die Einrichtung der *Konfliktserhebung*: bei zivil- oder strafgerichtlicher Inanspruchnahme eines Beamten konnte nach dem Ges. v. 13. Febr. 1854, das nach § 11 EGGVG. in Kraft geblieben war, die *Vorentscheidung* über die Frage, „ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe", auf Verlangen der zuständigen vorgesetzten Zentral- oder Provinzialbehörde des Beamten,

[2] In dem Kommissionsbericht der Ersten Kammer zu dem preuß. Konfliktsgesetz v. 13. Febr. 1854 heißt es treffend: „Wird den Gerichten allein und unbedingt die Beurteilung der Frage eingeräumt, ob ein Beamter durch eine Amtshandlung das Recht oder ein Strafgesetz verletzt und sich dadurch einer Zivilpartei oder der Strafgerichtsbarkeit gegenüber verantwortlich gemacht habe, so wird dadurch nicht nur die Autorität der Verwaltung erschüttert, sondern auch die Beurteilung reiner Verwaltungsfragen, insoweit aus deren Beantwortung die Motive zu den oft dringenden, durch überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses gerechtfertigten Amtshandlungen zu schöpfen sind, bis in die höchsten Kreise der Verwaltungsbeamten hinauf lediglich der Entscheidung der Gerichte anheimgegeben und die Aufrechterhaltung staatlicher Ordnung der Geltung privatrechtlicher Erwägungen unbedingt subordiniert".

durch die „Erhebung des Konflikts“ von den ordentlichen Gerichten an ein Verwaltungsgericht (OVG.) gezogen werden.

Das RG. war der Auffassung, daß durch diese Konfliktserhebung der „ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen“ werde und, da Art. 131 Abs. 1 Satz 3 für alle Schadensersatzklagen wegen Amtspflichtsverletzungen vorbehaltlos bestimme, daß der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden dürfe, die Frage für die Weimarer Verfassung entschieden sei. Schon vorher hatte ein preuß. Ges. v. 16. Nov. 1920 (GS. 1921 S. 65) die Einrichtung der Konfliktserhebung ausdrücklich aufgehoben. Doch ist die Konfliktserhebung nach der Auffassung des RG. nicht erst durch dieses Ges. v. 16. Nov. 1920, sondern bereits unmittelbar durch Art. 131 der Weimarer Verfassung beseitigt. Durch den Beschluß des 3. Zivilsenats v. 20. Febr. 1923 (RGZ. 106 S. 34 ff.), der auf Grund des früheren Art. 13 Abs. 2 ergangen ist[3], wurde der Streit um die Weitergeltung dieser, sowie der auf dem eben genannten Ges. v. 1842 beruhenden Sicherungen der öffentlichen Verwaltung, zugunsten der Zuständigkeitserweiterung der Zivilgerichte entschieden. In den Gründen dieses Beschlusses ist eine Übersicht über die abweichenden Entscheidungen anderer höchster Gerichte, insbes. des preuß. und des bayer. Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte enthalten, welche die Vorentscheidung eines Verwaltungsgerichtshofs mit Art. 131 Weimarer Verfassung für vereinbar hielten.

Die einige Jahre lang heftig umstrittene Frage ist durch jenen Beschluß des 3. Zivilsenats des RG. nicht etwa infolge des inneren Gewichts der „rein juristischen Gründe“ – diese hätten, wie die widersprechenden Entscheidungen der Kompetenzkonflikt- und Verwaltungsgerichtshöfe zeigen, wohl kaum zu einem allgemein überzeugenden Ergebnis geführt –, sondern autoritär und „dezisionistisch“ entschieden worden. Doch war der Beschluß des RG. alles andere als willkürlich; er war vielmehr tief in der Weimarer Verfassung begründet. Im Laufe des liberalen 19. Jahrhunderts hatte sich in Deutschland die Vorstellung herausgebildet, daß die Gerichtsbarkeit des bürgerlichen Rechtsstreits den sichersten Schutz gegen die staatliche Macht bilde. Das preuß. Gesetz v. 13. Febr. 1854 ist von den liberalen Rechtslehrern von Anfang an als Umgehung des Art. 97 der Verfassung von 1850[4] und verfassungswidrig bezeichnet worden; der dem OVG. überlassene Entscheidungs-

---

[3] Daß Art. 13 Abs. 2 der Weimarer Verfassung heute mit der Beseitigung des bundesstaatlichen Reichsgefüges entfallen ist und jedenfalls seit dem Gesetz über den Neuaufbau des Reichs v. 30. Jan. 1934 nicht mehr gilt, bedarf nach den Ausführungen DJZ Sp. v. 1. Juni 1934 Sp. 691 ff. keiner Erörterung mehr.

[4] Art 97 Preuß. Verf. v. 31. Jan. 1850: Die Bedingungen, unter welchen öffentliche Zivil- und Militärbeamte wegen durch Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübter Rechtsverletzungen gerichtlich in Anspruch genommen werden können, bestimmt das Gesetz. Eine *vorgängige Genehmigung* der vorgesetzten Behörde darf jedoch nicht verlangt werden.

spielraum wurde mit allen Mitteln der Auslegung immer schärfer abgegrenzt und eingeengt[5]. Da die Weimarer Verfassung auch auf diesem Gebiet nur die zusammenfassende Vollendung und Erfüllung dieser liberalen Forderungen und Tendenzen des 19. Jahrhunderts ist, entspricht der Beschluß vom 20. Febr. 1923 durchaus den Grundsätzen und dem Geist dieser Verfassung. Seine juristische Überzeugungskraft liegt ausschließlich in der Übereinstimmung mit dem Geist einer liberal-rechtsstaatlichen Denkweise.

Daraus folgt, daß für die positiv-rechtliche Auslegung des weitergeltenden Art. 131 heute eine ganz andere Rechtsauffassung maßgebend sein muß. Heute sind jene auf eine Erweiterung der zivilgerichtlichen Kontrolle gerichteten Tendenzen nicht mehr aus dem Inhalt des Art. 131 zu rechtfertigen. Schon aus diesem Grunde, weil es diesen Wandel unserer rechtlichen Grundordnung verkennt, bedarf das eingangs erwähnte Urteil des RG. vom 27. Okt. 1933 besonderer Beachtung. Die Grenze zwischen bürgerlich-rechtlicher Justiz und öffentlicher Verwaltung läßt sich mit den bisherigen Auslegungsmethoden und Gesichtspunkten niemals richtig feststellen. Man kann aber auch nicht einfach vor die Weimarer Verfassung zurückgehen und annehmen, daß etwa das preuß. Gesetz über die Erhebung des Konfliktes vom 13. Febr. 1854 oder entsprechende landesrechtliche Bestimmungen nunmehr als Reichsrecht weiter gelten sollen. Dem steht vor allem die grundsätzliche Erwägung entgegen, daß der Geist und die Grundsätze des heutigen öffentlichen Rechts keineswegs mit denen des zweiten Reiches gleichgesetzt werden dürfen.

Für das öffentliche Recht des zweiten Reichs war der Gegensatz von „fortschrittlichem", d. h. liberal-demokratischem Reichsrecht und „konservativem" Landesrecht kennzeichnend. Er ist heute nicht mehr haltbar. *Es wäre geradezu sinnwidrig, heute, nachdem das Deutsche Reich der Deutsche Staat geworden ist, die zum Schutze des staatlichen Charakters der Länder geschaffenen Einrichtungen gedankenlos fallen zu lassen, ohne für das Reich an einen Ersatz zu denken*. Das Reich als alleiniger Träger staatlicher Hoheitsrechte und der auf ihnen beruhenden öffentlichen Verwaltung bedarf solcher Einrichtungen. Dazu kommen die völlig neuartigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere die Parteiorganisation und die SA. (Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933, RGBl. I S. 1016) sowie ständische Gebilde. Das alles gibt auch der Frage der Abgrenzung bürgerlich-rechtlicher Rechtspflege und öffentlicher Verwaltung einen neuen Sinn. In den drei großen Ordnungsreihen – Staat, Bewegung, Volk – bilden sich neue Ordnungen, deren gegenseitigem Verhältnis weder die alte „Trennung von Justiz und Verwaltung" noch die justizstaatliche Kompetenz-Kompetenz der bürgerlichen Justiz gerecht werden kann. Viele

[5] Vgl. z.B. OVG. 9, 438; 10, 380; 14, 420, 427, und RGZ. 70, 102. Der Grundsatz in dubio pro reo sollte hier nicht zugunsten des Beamten gelten!

neuartige Körperschaften des öffentlichen Rechts bringen auch eine eigene selbständige Art von Gerichtsbarkeit mit sich. Ein Blick auf die gesetzlichen Bestimmungen über diese verschiedenen Gerichte[6] genügt, um jeden Gedanken an eine bloße Wiedereinführung von Einrichtungen des vergangenen Jahrhunderts fernzuhalten.

Es ist eine der Hauptaufgaben der DJZ, vor allem auch die schwierige Frage der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wissenschaftlich zu durchdenken und zu fördern. Zu der heute besonders dringenden Frage der „Konfliktserhebung" sei nur folgendes vorläufig bemerkt: Hinsichtlich der *strafrechtlichen* Inanspruchnahme eines Beamten liegt die Frage anders und ist nicht in gleichem Maße einer baldigen Klärung bedürftig, wie in bürgerlich-rechtlicher Hinsicht für die *vermögensrechtliche* Haftung des Staates oder der Körperschaften des öffentlichen Rechts. Für diese muß m. E. ausschlaggebend sein, daß wir die gegen den Staat oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts gerichteten Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtsverletzungen immer deutlicher als *nicht bürgerlich-rechtliche, sondern ihrer Natur nach öffentlich-rechtliche Ansprüche* erkennen. Sie gehören daher überhaupt nicht vor die ordentlichen Gerichte der bürgerlichen Rechtspflege. Es wäre juristisch möglich und durchaus einwandfrei, wenn ein *Reichs-Gerichtshof* zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten *von sich aus*, auf Grund des Wandels der rechtlichen Beurteilung, ohne positive Anordnung des Gesetzgebers, die bisherige Praxis umstürzend ändern und den öffentlich-

---

[6] *Militärgerichtsbarkeit*: Militärstrafgerichtsordnung mit Einführungsgesetz in der neuen Fassung v. 4. Nov. 1933, RGBl. I S. 921; Militärdienststrafordnung v. 14. März 1934, RGBl. I S. 207. *Partei- und SA.-Gerichtsbarkeit und Dienststrafgewalt*: Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933, RGBl. I S. 1016. *Pressegerichte*: Schriftleitergesetz v. 4. Okt. 1933, RGBl. I S. 713; Verfahrensordnung für die Berufsgerichte der Presse v. 18. Jan. 1934, RGBl. I S. 40. *Soziale Ehrengerichtsbarkeit*: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. Jan. 1934, RGBl. I S. 45, 4. Abschnitt „Soziale Ehrengerichtsbarkeit" §§ 35–55; Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben v. 23. März 1934, RGBl. I S. 220, § 20: entsprechende Anwendung der Bestimmungen des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit. 3. V. zur Durchführung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (Bildung und Verfahren der Ehrengerichte) v. 28. März 1934, RGBl. I S. 255. *Standesgerichte des Reichsnährstandes*: 2. V. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 15. Jan. 1934, RGBl. I S. 32, § 5 Abs. 1: „Der Reichsnährstand kann Standesgerichte zur Wahrung der Standesehre bilden". *Anerbengerichte und Reichserbhofgericht*: Reichserbhofges. v. 29. Sept. 1933, RGBl. I S. 685: 1. DurchfV. v. 19. Okt. 1933, RGBl. I S. 749; 2. DurchfV. v. 19. Dez. 1933, RGBl. I S. 1096; 3. DurchfV. v. 27. April 1934, RGBl. I S. 349 (Reichserbhofgericht); *Ehrengerichtsbarkeit der Rechtsanwaltschaft*: Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Ehrengerichtsbarkeit der Rechtsanwaltschaft v. 28. März 1934, RGBl. I S. 252. *Volksgerichtshof zur Aburteilung von Hochverrats- und Landesverratssachen*: Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens v. 24. April 1934, RGBl. I S. 341 ff.

rechtlichen Charakter solcher vermögensrechtlichen Ansprüche im Wege seiner Gerichtspraxis durchsetzen würde. Doch ist das, wie die Dinge heute liegen, nicht wahrscheinlich. Daher ist eine baldige gesetzliche Regelung notwendig, die den öffentlich-rechtlichen Charakter der Haftung von Körperschaften des öffentlichen Rechts klarstellt und solche und ähnliche (z. B. aus Maßnahmen der Bekämpfung staatsfeindlicher Bestrebungen und der Einziehung staatsfeindlichen Vermögens abgeleitete und damit zusammenhängende) Forderungen gegen den Staat oder gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts besonderen unabhängigen Stellen mit verwaltungsgerichtlichem Charakter zuweist. Eine für das gesamte Gebiet des öffentlichen Reichsrechts ergehende Neuordnung des Kompetenzkonflikts wäre zur Sicherung und Ergänzung ebenfalls zweckmäßig. Auf solche Weise könnte eine besonders naheliegende und wichtige Frage dieses großen Fragenkreises, nämlich die vermögensrechtliche Haftung des Staates und der Körperschaften des öffentlichen Rechts für Amtspflichtsverletzungen ihrer „Beamten", vorläufig geregelt werden, ohne daß der weiteren Entwicklung und notwendigen Neubildungen der Weg verbaut wäre. Für die Gerichte der bürgerlichen Rechtspflege aber hätte diese Regelung den großen Vorteil, daß sie von einer schweren Belastung mit öffentlich-rechtlichen und vielfach sogar politischen Entscheidungen und Stellungnahmen befreit wären.

24. Nationalsozialismus und Völkerrecht

Schriften der Deutschen Hochschule für Politik, Heft 9
Junker & Dünnhaupt, Berlin 1934

I.

Wenn ein trotz seiner Wehrlosigkeit und Entrechtung wesentliches Glied der Völkerrechtsgemeinschaft wie das deutsche Volk sich innerlich ändert und umbildet, eine andere innerstaatliche Struktur und eine neue geistige Verfassung erhält, so ändert sich auch die gesamte Völkerrechtsgemeinschaft. Denn die innerstaatliche Ordnung ist Grundlage und Voraussetzung der zwischenstaatlichen Ordnung, jene strahlt in diese aus, und es gibt überhaupt *keine zwischenstaatliche Ordnung ohne innerstaatliche Ordnung.* Es ist eine spezifisch nationalsozialistische Erkenntnis, daß die *Art einer Gemeinschaft* wesentlich durch die *Art der Mitglieder dieser Gemeinschaft* bestimmt wird. Daraus folgt, daß das Recht der zwischenstaatlichen Beziehungen und Verbindungen nicht aus einem abstrakt-normativistischen und Regelndenken heraus errichtet, sondern nur als eine *konkrete Ordnung bestimmt gearteter, in ihrer konkreten Eigenart anerkannter Staaten und Völker* entwickelt werden kann. Die nationalsozialistische Denkweise strebt zu einer von *innen* heraus gestalteten Ordnung. Im Völkerrecht, als einer auf der Koexistenz selbständiger Staaten- und Völkerindividualitäten beruhenden Ordnung, liegt diese Denkweise in der Natur der Sache selbst.

Alles Völkerrecht ist abhängig von der Art der Staaten und Völker, die sowohl die allgemeine Völkerrechtsgemeinschaft wie auch ihre besonderen Ausprägungen bilden. Schon der erste Blick auf die verschiedenen zwischenstaatlichen Gemeinschaften zeigt aber, daß *Deutschland* nach dem Versailler Diktat in einer besonderen, *rechtlich abnormen Lage ist:* es ist *kein gleichberechtigter* Staat. Wir erheben daher als erste existentielle Forderung den Anspruch, die völkerrechtliche Lage Deutschlands und damit Europas zunächst einmal in einen Zustand zu bringen, den man als *normal* bezeichnen kann. Für uns ist das ein völkerrechtlicher Anspruch, den wir nicht zu einem „bloß moralischen“ Anspruch oder zu einer „bloß politischen“ Forderung abschwächen lassen, den wir vielmehr als einen echten, auch im juristischen Sinne wahren *Rechtsanspruch* geltend machen und auf Grund dessen wir uns, solange er nicht erfüllt ist, *entrechtet* und mißachtet fühlen. Das ist die für die gesamte Völkerrechtsordnung fundamentale Bedeutung unseres Anspruchs auf Gleichberechtigung. Er steht im Mittelpunkt alles dessen, was man über

die heutige innere Ordnung oder Nicht-Ordnung der Völkergemeinschaft und über das Verhältnis von Nationalsozialismus und Völkerrecht sagen kann. Er ist das zentrale Problem. Hätte der nationalsozialistische Staat und das nationalsozialistische Deutschland zu diesem Anspruch nichts anderes vorzubringen, als teils advokatorische, teils ideologisch-postulatorische Argumentationen, wie manche frühere Regierungen des Weimarer Systems, die ja auch von „Gleichberechtigung" gesprochen haben, so hätte unser Thema „Nationalsozialismus und Völkerrecht" keinen tieferen Sinn. Es hat aber einen tieferen, und zwar in spezifischer Weise rechtlichen Sinn. Unser Anspruch auf Gleichberechtigung ist kürzlich noch von *Viktor Bruns*[1] in einer geradezu klassischen Weise nach seinen verschiedenen juristischen Seiten hin dargelegt worden. Dieser Anspruch ist sowohl nach den rechtsverbindlichen Erklärungen des Präsidenten Wilson und anderer Staatsmänner wie nach dem Inhalt des Versailler Vertrages juristisch begründet. Er steht außerdem in dem großen Gesamtzusammenhang des durch die nationalsozialistische Bewegung neuerwachten *rechtlichen Ordnungsdenkens.* Er ergibt sich aus einer Auffassung des Völkerrechts, die sich von der in den letzten 15 Jahren vorherrschenden Auffassung des Völkerrechts dadurch unterscheidet, daß sie tiefer in einem eigentlichen substanzhaften Rechtsdenken begründet ist. Daß unser Rechtsanspruch auf Gleichberechtigung durch den Sieg des nationalsozialistischen Gedankens im deutschen Volke eine ganz neue Kraft bekommen hat, erklärt sich nicht nur gefühlsmäßig und „emotional". Wir sind auch zu einer neuen Besinnung auf das richtige Verhältnis von Recht und konkreter Existenz eines Volkes, auf den untrennbaren Zusammenhang von juristischer Norm und völkischem Lebensrecht gekommen.

Der Anspruch auf Gleichberechtigung, den wir erheben, geht von der Vorstellung aus, daß es *Grundrechte der Staaten und Völker* gibt, die eine Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt erst möglich machen. Dieser Grundrechtsbegriff entspringt der juristischen Erkenntnis, daß überhaupt keine menschliche Gemeinschaft ohne echte Grundrechte, d.h. ohne spezifische, gemeinschaftswesentliche Rechtspositionen der Mitglieder dieser Gemeinschaft bestehen kann. Solche Grundrechte *tragen* die Gemeinschaft und ihre konkrete Ordnung; ohne sie wäre die Gemeinschaft auch juristisch nicht konstruierbar; ihre Verletzung würde diese Gemeinschaft selber zerstören, wobei es relativ gleichgültig wäre, welches Gerüst von Regeln und normativistischen Formulierungen über den Grundrechten aufgebaut wird. Solche Regeln und Normen erhalten ihre rechtliche Kraft und ihren Rechtscharakter

[1] Deutschlands Gleichberechtigung als Rechtsproblem, Vortrag, gehalten in der ersten Vollsitzung der Akademie für Deutsches Recht am 5. November 1933, Berlin 1934; ferner der Vortrag vom 4. Juli 1934 in der Deutschen Hochschule für Politik, Berlin, „Völkerrecht und Politik", erschienen in den Schriften der Deutschen Hochschule für Politik 1934.

überhaupt erst von den Grundrechten her. Es gibt nun so viele Arten von Grundrechten wie es Arten menschlicher Gemeinschaft gibt. Es sind daher nicht alle Grundrechte notwendig gleicher Struktur wie die individualistischen Grundrechte der liberalen Verfassungen, die sich im innerstaatlichen Recht des 19. Jahrhunderts als die geläufigste Form von Grundrechten durchgesetzt haben. Übrigens waren auch diese liberalen Grundrechte, solange der Liberalismus lebendig war und eine gewisse, wenn nicht formende, so doch aktive Kraft hatte, echte Grundrechte; sie gehörten wesentlich zu einer individualistisch konstruierten Gesellschaft, die, ebensowenig wie irgendein anderes menschliches Zusammenleben, ohne spezifische Grundrechte undenkbar ist. Zu jeder anderen, nicht-individualistischen Gesellschaft oder Gemeinschaft gehören erst recht Grundrechte. Sie haben auch zu allen Zeiten dazu gehört. Insbesondere sind die Grundrechte der Völkerrechtsgemeinschaft, die uns heute wieder zum lebendigen Bewußtsein kommen, keine neue Erfindung. Solange auch nur ein Schatten von Frieden und Ordnung im Zusammenleben der europäischen Völker bestand, sind stets unter irgendwelchen Formeln und Bezeichnungen Grundrechte der Staaten und Völker von diesen Staaten selbst und auch von allen Völkerrechtslehrern anerkannt worden. Erst in den letzten Jahrzehnten sind sie in dem Schutt positivistischer Formulierungen und in Pakten aller Art untergegangen. Für uns kommt es jetzt darauf an, zu diesen reinen, von allen verständigen Völkerrechtslehrern der Vergangenheit anerkannten Quellen völkerrechtlichen Denkens zurückzukehren.

Wir sprechen also wieder von Grundrechten, von Grundrechten der Völker und der Staaten, und insbesondere von den Grundrechten derjenigen Staaten, die sich selbst unter Besinnung auf ihre eigene Art innerstaatlich in Ordnung gebracht haben. Ein solcher Staat ist der nationalsozialistische Staat, der das deutsche Volk zur Besinnung auf sich selbst und seine Art zurückgeführt hat. Von dem selbstverständlichsten aller Grundrechte, dem Recht auf *eigene Existenz,* gehen wir aus. Es ist ein unveräußerliches, ewiges Grundrecht, in dem das Recht auf *Selbstbestimmung, Selbstverteidigung* und auf die *Mittel der Selbstverteidigung* enthalten ist. Damit ist eine einfache und klare juristische Grundposition gegeben, von deren Anerkennung nicht nur das Schicksal Deutschlands, sondern auch das Schicksal einer europäischen Völkerrechtsgemeinschaft und eines Völkerrechts überhaupt abhängt. Unser rechtlicher Standpunkt ist also eindeutig und sicher. Wir haben eine in rechtswissenschaftlicher Systematik erprobte Rechtsgrundlage, wie sie kein Volk der Erde jemals besser und fester innegehabt hat.

II.

Von diesem Standpunkt aus sind wir in der Lage, mit wissenschaftlichem Blick und in sachlicher Kritik die heutige Lage des Völkerrechts richtig zu erfassen und zu beurteilen. Von unserem eigenen festen Standpunkt aus können wir die Welt juristischer Argumentationen, die uns entgegentritt, können wir auch das riesige Gerüst von Verträgen und Pakten, Bündnissen und Ententen juristisch durchschauen und diesem babylonischen Turm seinen völkerrechtsgeschichtlichen Platz anweisen. In dem großen geistigen Kampf, der sich in der Theorie und Praxis des Völkerrechts heute abspielt, können wir sowohl unseren eigenen geistigen Standort klar bestimmen und festhalten wie auch den Standort der Gegner richtig erkennen und bewerten.

Wie stellt sich, von diesem unserm Standpunkt aus betrachtet, das Völkerrecht dar, das sich in dem letzten, uns unmittelbar angehenden Zeitabschnitt entwickelt hat? Der letzte Abschnitt des Völkerrechts ist vom Jahre 1919, dem Jahr der Pariser Friedenskonferenzen, bis zu den Jahren 1933/34 – Austritt Japans und Deutschlands aus und Eintritt der bolschewistischen Sowjet-Union in den Völkerbund – zu datieren. Er ist durch eine merkwürdige *Scheinblüte des Völkerrechts* gekennzeichnet. Dadurch, daß 1919 im Anschluß an die Pariser Vorortverträge ein „Völkerbund" mit zahlreichen Konferenzen und Kommissionen, daß ferner Schiedsgerichte, ein Dutzend gemischter Schiedsgerichte und vor allem ein ständiger internationaler Gerichtshof in Funktion traten, entstand ein *internationaler Rechtsbetrieb,* der manche äußerliche Ähnlichkeiten mit einem *innerstaatlichen* Rechtsbetrieb hatte. Das führte zu der falschen Vorstellung, es lasse sich alles, was innerhalb der Staaten in einem positivistischen Jahrhundert an Jurisprudenz, an Methoden der Gerichtspraxis, der Rechtswissenschaft, der Kommentare, der Vorentscheidungen und der juristisch-positivistischen Argumentation entstanden war, nunmehr einfach aus dem innerstaatlichen Rechtsleben in einen zwischenstaatlichen internationalen Rechtsbetrieb übertragen. Man hat tatsächlich versucht, den ganzen für das 19. Jahrhundert charakteristischen *Positivismus,* der das Wesen des Rechts in der Erzwingbarkeit sah und sich *innerhalb* der einzelnen Staaten entwickeln konnte, als „allgemeine" Methode „des" Rechts auf die zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen zu übertragen. Das lag nach einem Jahrhundert positivistischen Zwangsdenkens nahe und war psychologisch begreiflich. Wo Prozesse geführt werden oder einigermaßen prozeßähnliche Prozeduren vor sich gehen, entwickelt sich immer auch eine Art von Jurisprudenz. Wo ein justizähnlicher Betrieb mit Advokaten, Richtern, Kommentatoren, Gutachtern, Satzungen, Präzedenzfällen und Präjudizien in Gang kommt, scheint auch ein System der Rechtswissenschaft zu entstehen. Es werden sich dann auch Staaten finden, die gern den noch fehlenden Gerichtsvollzieher spielen und den „Exekutor" machen. Das ist der

Ausgangspunkt und die äußerliche Erklärung für jene Scheinblüte der Völkerrechtswissenschaft in den letzten fünfzehn Jahren. Die Scheinblüte bekundete sich in Sammlungen von Entscheidungen, Publikationen des Völkerbundes, mehr oder weniger offiziellen Beschlüssen und einer ungeheuren Literatur, deren Quantum kaum noch übersehbar ist. Wer sich an die Zahl der Bücher, Dissertationen und Zeitschriften dieses ganzen Schrifttums hält, muß feststellen, daß es noch niemals in der Weltgeschichte so viel Völkerrecht gegeben habe wie in den letzten fünfzehn Jahren.

Im Anschluß an diese Art von Völkerrechtsbetrieb entstand auch eine ihm adäquate Theorie. Ihre „Schule“ stammte aus Wien. Sie wollte „reine“ Rechtslehre sein, faßte aber trotzdem das Recht ganz positivistisch als bloße Zwangsnorm auf. Sie kämpfte gegen den Begriff der staatlichen Souveränität und für einen normativistisch gedachten durchgängigen Stufenbau des Rechts, an dessen Spitze die Völkerrechtsnormen stehen sollten. Sie konstruierte die Völkerrechtsgemeinschaft, statt in ihr eine konkrete Ordnung konkret existierender Völker zu sehen, als ein Normensystem mit einer ebenfalls normativistisch gedachten „Verfassung“, deren „Grundnorm“ der Satz „*pacta sunt servanda*“ sein sollte.[2] Alles, was situationsmäßig sinnvoll sein konnte, z. B. die *Clausula rebus sic stantibus* oder gar der Vorbehalt der vitalen Interessen, war ihnen verdächtig. Man sprach statt dessen von der „Heiligkeit der Verträge“, d. h. der Zwangsdiktate. Wer diese ganze Literatur aufmerksam betrachtet, wird feststellen, daß sie nicht nur zufällig zeitlich in diese Epoche der Scheinblüte von 1919 bis 1933 gehört, sondern auch politisch in der Sache allen Tendenzen entspricht, die sich in dieser Scheinblüte entfalteten. Der Erfolg dieser Art von Rechtslehre beruhte wahrlich nicht auf der Kraft ihrer juristischen Argumente oder ihrer wissenschaftlichen Unwiderleglichkeit. Er erklärt sich ganz und ausschließlich aus der Herrschaft einer bestimmten, den Versailler Imperialismus heiligenden Weltanschauung und der ihr zugehörigen pazifistischen und liberal-demokratischen politischen Gesinnung. Auch der völkerrechtliche Lehrbetrieb an den deutschen Universitäten war zum größten Teil von dieser Art Scheinblüte her bestimmt. Viele deutsche Lehrer des Völkerrechts, die nicht eigentlich Pazifisten waren, haben sich doch dieser Denkweise gefügt. Von einzelnen Ausnahmen abgesehen, kann man im ganzen leider nicht sagen, daß die gesamte deutsche Völkerrechtswissenschaft sich einheitlich mit derselben Sicherheit eines unbeirrten Rechtsgefühls sofort in echter geistiger Selbstverteidigung gewehrt habe wie kleinere Völker, z. B. der in dieser Hinsicht besonders hervorragenden Ungarn. Es gibt aus diesen 15 Jahren Dokumente geistiger Ahnungslosigkeit, Dissertationen und Abhandlungen traurigster Art, die wir heute lieber vergessen wollen,

[2] *A. Verdroß,* Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft. Berlin 1926.

weil sie einer großen Nation wie der deutschen unwürdig sind.[3] Auch in einer kleinen Nation, die nicht die weltgeschichtliche Bedeutung Deutschlands hat, wären manche von ihnen kaum möglich gewesen, solange diese Nation als Nation existierte.

So stellt sich uns das Bild einer 15jährigen Scheinblüte dar, mit einem ungeheuer aufgeblähten wissenschaftlichen und praktischen Völkerrechtsbetrieb. Wenn wir diesen Betrieb an der ihm zugrunde liegenden rechtlichen *Substanz* messen, ergibt sich ein erstaunliches Mißverhältnis. Bei aller humanitären Ideologie und weltanschaulichem Pazifismus wurde doch immer betont, daß es sich um *positives* Völkerrecht handle und die Jurisprudenz eine positiv-rechtliche Wissenschaft bleibe, deren Recht nur Zwangsnorm und nichts anderes war. Gerade Rechtslehrer, die von einer normativistischen „reinen Rechtslehre" sprachen, lehnten das Naturrecht ab und legten großen Wert darauf, „Positivisten" zu sein.

Was ist nun die positive Grundlage, auf der sich dieses Gerüst von Völkerrechtsbetrieb erhob? Was ist in der Sache der Rechtsgehalt, die Gerechtigkeitssubstanz, die dem so ungeheuer ausgedehnten, theoretisch und praktisch so aufgeblähten Betrieb dieses Völkerrechts zugrunde lag? Stellt man diese einfache Frage, so zeigt sich sofort ein merkwürdiges, erstaunliches *Mißverhältnis.* Die „positive" Grundlage dieses positivistischen Rechtsbetriebes ist der Versailler Vertrag mit den anderen Pariser Vorortverträgen. Was diese Verträge an echten Rechtsgedanken und schöpferischen Rechtsideen enthalten, ist gleich Null. Sie enthalten nicht nur keine zukunftsweisenden, irgendwie rechtsgestaltenden neuen Ideen, sie sind sogar ausgesprochen Unrechtsverträge. Es gibt heute genug kritische Äußerungen und Darstellungen zum Versailler sogenannten „Friedensvertrag", die zeigen, daß er weder ein Vertrag noch ein Friedensvertrag ist. Er ist kein *Vertrag,* sondern höchstens ein besonders rücksichtsloses *Diktat*; und er enthält keine echten Friedensgedanken, sondern schafft mit seiner Kriegsschuldlüge (Art. 231) und seiner einseitigen Entmilitarisierung (Art. 42–44) und Entwaffnung Deutschlands (Teil V) *Unfrieden*, weil er eine innerlich unbefriedete Situation zu stabilisieren sucht. Eine von Professor *Raab* herausgegebene Zusammenstellung ausgezeichneter Abhandlungen legt die Ungerechtigkeiten und Selbstwidersprüche dieses Versailler Instruments im einzelnen dar; auch Professor *Viktor Bruns* hat vor kurzem gezeigt, daß die vierzehn Punkte Wilsons die vertragliche Grundlage sind, auf der die Ablieferung der deutschen Waffen im November 1918 vor sich ging[4]: Sie hätten allen weiteren Abmachungen, wenn diese Recht und

---

[3] Vgl. darüber den ausgezeichneten Aufsatz von *P. Barandon,* Weltfremde Völkerrechtswissenschaft in der Zeitschrift Völkerbund und Völkerrecht, Juli 1934.

[4] Vortrag über „Völkerrecht und Politik", gehalten in der Deutschen Hochschule für Politik, Berlin, am 4. Juli 1934. Die Veröffentlichung von *Fr. Raab* (mit Beiträ-

Vertrag und nicht nur Gewalt und Diktat sein sollten, als Grundlage und Bedingung gelten müssen; sie sind im Versailler Diktat in einer geradezu zynischen Weise verletzt und mißachtet worden. Nach solchen Darlegungen braucht hier nicht weiter auf die Selbstwidersprüche und die inneren Ungerechtigkeiten dieses Vertrages eingegangen zu werden. Er enthält in fast jedem Artikel so viele absichtliche Beleidigungen, Erniedrigungen und Demütigungen Deutschlands, daß heute bereits für manchen Neutralen die bloße Lektüre aufreizend und kaum erträglich ist. Es bleibt staunenswert, daß ein großes Volk angesichts dieses Dokuments 15 Jahre lang ein solches Maß von Geduld und Disziplin bewahrte. Ich kann als Gelehrter des Völkerrechts, der sich jahrelang von Berufs wegen mit diesem Dokument zu befassen hatte, einen Gedanken nicht verschweigen, der sich mir beim Studium des Versailler und der anderen Zwangsinstrumente immer stärker und unwiderstehlicher aufdrängte: sollte später einmal, wie wir es hoffen, eine wahre Befriedung Europas eingetreten sein, und jedes Volk, von der Gesinnung des Friedens durchdrungen, den festen Willen haben, diese Gesinnung und Stimmung des Friedens nicht durch aufreizende Schriften und Pamphlete stören und gefährden zu lassen, so würden die Regierungen, denen an der Aufrechterhaltung des Friedens gelegen ist, gut daran tun, das Studium des Versailler „Vertrages“ nicht zu propagieren.

Der eigentliche Kern der völkerrechtlichen Lage, auf deren Basis sich jene Scheinblüte eines Völkerrechtsbetriebs erhob, läßt sich am besten durch einen geschichtlichen Vergleich erkennen: Im Jahre 1815 haben die siegreichen europäischen Mächte gegenüber dem in einem 25jährigen Koalitionskrieg besiegten und am Boden liegenden Frankreich eine gerechte, die Souveränität Frankreichs respektierende völkerrechtliche Ordnung gefunden, die über ein Menschenalter lang den Frieden Europas außenpolitisch gesichert hat, ohne daß es zu einem aufgeblähten Völkerrechtsbetrieb von der Art des Versailler Nachkriegs gekommen wäre. Im Jahre 1871 hat das siegreiche Deutsche Reich das besiegte Frankreich sofort wieder als souveränen Staat und vollgültiges Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft behandelt, niemand hat daran gedacht, den Besiegten zu entehren, dauernd zu entwaffnen und als nichtsouveränen Staat zu behandeln. Aber auch nach 1871 ist nicht von einer neuen Epoche des Völkerrechts gesprochen und ein großer Völkerrechtsbetrieb in Szene gesetzt worden, obwohl auch hier eine ziemlich lange Friedenszeit begann. Und nunmehr sollte auf der Grundlage eines Instruments, das an innerem Unrecht, an Mißhandlungen und Beleidigungen des Besiegten in der ganzen Weltgeschichte seinesgleichen sucht, eine neue, glorreiche

---

gen von *R. Horneffer, B. Schwertfeger* und *K. Trampler)* ist unter dem Titel „Die Vertragsverletzungen bei Auferlegung und Ausführung des Diktats von Versailles“, Berlin 1934, erschienen.

Epoche des Völkerrechts und der Völkerrechtswissenschaft beginnen? Das Unrecht der diktierten Zwangsnormen ist so groß, daß der ursächliche Zusammenhang von Schrumpfung der Rechtssubstanz und Normeninflation ohne weiteres erkennbar wird.

III.

Das Mißverhältnis dieser rechtlichen Grundlage zu dem auf ihr errichteten positivistischen Rechtsbetriebe ist ungeheuerlich. Wie sollen wir Deutschen uns zu einem derartigen inneren Widerspruch von materiellem Unrecht und juristischer Scheinblüte verhalten?

Verschiedene Antworten sind hierauf möglich und auch gegeben worden. Das Nächstliegende scheint zu sein, alles Völkerrecht und diesen ganzen Rechtsbetrieb als Irrtum oder Betrug zu verwerfen und den Rechtscharakter des Völkerrechts überhaupt zu leugnen. Damit wäre man zu einer Vorkriegsthese zurückgekehrt, nach der das Völkerrecht – sei es mangels eines Gesetzgebers, sei es mangels eines Richters, sei es endlich mangels der Erzwingbarkeit – kein Recht ist. Man würde dann in dem Zusammenhang von Völkerrechtsinflation und Schrumpfung der Rechtssubstanz einen neuen Beweisgrund für die alte Leugnungsthese finden und mit ihrer Hilfe zu der Position Philipp Zorns vom Jahre 1907 zurückkehren. Ein im übrigen sehr interessantes völkerrechtliches Buch aus dem Jahre 1933 hat sich auf diesen Weg begeben und die Grundthese schon in der Überschrift „Außenstaatsrecht" statt Völkerrecht angedeutet.[5]

Ich halte diese Antwort nicht für richtig; sie scheint mir sogar im Kern *reaktionär* zu sein; denn sie entspringt eben dem positivistischen Geist, den wir bekämpfen, weil er das Recht zu einer bloßen Zwangsnorm erniedrigt und dieser Rechtsbegriff uns heute gerade von der Versailler Seite her entgegentritt, die Recht zu haben behauptet, weil sie große Zwangsmöglichkeiten hat und sich neue zu verschaffen sucht. Das, was wir heute als eine trügerische Scheinblüte durchschauen, war ja gerade durch die irrige und unzulässige Übertragung der Methoden eines innerstaatlichen unter Umständen möglichen, positivistischen Rechtsbetriebes auf eine zwischenstaatliche Lage entstanden. Wenn wir nun in der Denkweise des Positivismus das Völkerrecht ablehnen, liefern wir uns eben diesem Positivismus aus und geben ihm sozusagen freie Hand, sich nunmehr, statt auf immerhin noch diskutable innerstaatliche Normen, auf international diktierte Satzungen und Zwangsnormen zu berufen. Diesen Zwangsdiktaten wird Erzwingbarkeit verschafft,

---

[5] *Ludwig Schecher,* Deutsches Außenstaatsrecht, Berlin 1933; dazu die Besprechung von *E. Tatarin-Tarnheyden* in der Zeitschrift Völkerbund und Völkerrecht, August 1934.

indem man sie als „positives Recht“ ausgibt und gleichzeitig wird umgekehrt dadurch, daß man Zwang und Vergewaltigung ausübt, der Rechtsbegriff des Positivismus (Recht = erzwingbare Norm) erfüllt und der vergewaltigende Staat zum Gerichtsvollzieher und Exekutor erhoben. Der juristische Positivismus macht eben Zwang und Gewalt zum Merkmal des Rechts. Wir dürfen dieser Art von Positivismus keinerlei Entgegenkommen zeigen und lehnen daher diese erste Antwort ab.

Eine zweite Antwort, die ebenfalls naheliegt, geht dahin, das Recht des Versailler Vertrages als „nun einmal positives Recht“ anzuerkennen, außerdem aber an ein „Naturrecht“ oder eine „metajuristische“ Moral zu appellieren. Wir flüchten dann aus dem Recht in erdachte und konstruierte, seien es „nur vernunftrechtliche“ oder „nur moralische“ Ansprüche hinein. Das tut z. B. Walther Schücking hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts der Völker. Schücking erkennt als Pazifist und Demokrat das Unrecht des Versailler Diktats; aber als Jurist sieht er keinen anderen Ausweg als die Flucht aus einem unmoralischen Recht in eine rechtlose Moral. Gerade diese Unterscheidung von Recht und Sittlichkeit hat der Führer in seiner Rede vom Leipziger Juristentag am 3. Oktober 1933 mit aller Energie in der großartigsten Weise abgelehnt. Unser Rechtsbegriff bleibt mit Gerechtigkeit und Sittlichkeit untrennbar verbunden. Wir reißen nicht das positive Recht einer Satzung oder einer Vertragsnorm von dem substanzhaften Recht der guten Sache los; wir isolieren nicht eine losgelöste Normativität von der konkreten Ordnung oder Unordnung der wirklichen Lage, für die sie gelten soll. Auch diesen Ausweg in abstrakt vernunft- oder naturrechtliche Forderungen, in eine utopische Moral oder ein richtiges Recht lehnen wir ab. Für uns gibt es nur Recht und Unrecht, und das unrichtige und unsittliche Recht ist für uns kein Recht.

Die dritte Antwort schließlich ist bolschewistisch-nihilistisch. Sie läuft darauf hinaus, daß wir uns einfach außerhalb des Kreises der europäischen Völker stellen. Ein bolschewistischer Völkerrechtslehrer hat sie in einem höchst beachtenswerten Buch gegeben.[6] Zwischen dem kommunistisch-bolschewistischen Sowjetstaat und den andersgearteten kapitalistisch-liberalen Staaten gibt es danach überhaupt keine völkerrechtliche Gemeinschaft, es gibt auch keinen Frieden, sondern nur Waffenstillstand, so, wie es z. B. früher zwischen Türken und Christen keine Völkerrechtsgemeinschaft und keinen Frieden, sondern nur Waffenstillstand gab.

Wieweit die bolschewistische Rechtslehre diese Auffassung auch nach dem Eintritt der Sowjet-Union in den Völkerbund beibehalten wird, ist eine

---

[6] *E. A. Korowin,* Das Völkerrecht der Übergangszeit. Deutsche Ausgabe. Berlin 1929.

offene Frage. Jedenfalls halte ich das nicht für die Antwort, die wir im heutigen nationalsozialistischen Deutschland geben können. Wir gehören zur Rechtsgemeinschaft der europäischen Völker. Wir gehören so notwendig dazu, daß es ohne oder gar gegen uns überhaupt kein europäisches Völkerrecht gibt. Wir können aus dieser Gemeinschaft europäischer Völker nicht ausgeschlossen oder „exkommuniziert“ werden. Jeder Versuch, uns auszuschließen, gleichgültig von welchem Staat oder welcher Staatenverbindung er ausgeht, schlägt auf seinen Urheber zurück. Er verneint das Grundrecht jedes Volkes auf Existenz und Achtung und zerstört die Grundlagen der europäischen Gemeinschaft und mit ihnen das europäische Völkerrecht überhaupt. Wer das deutsche Volk exkommunizieren will, exkommuniziert nur sich selbst.

IV.

Wir stützen uns auf unser substanzhaft gutes Recht, auf das Grundrecht unserer Existenz, wenn wir unser Recht auf Gleichberechtigung geltend machen. Von dort aus geben wir die Antwort auf die völkerrechtlichen Fragen, die uns angehn. Auf diesem Standpunkt des Rechtes auf eigene Existenz, als des Grundrechts jeder Völkerrechtsgemeinschaft, sind wir auch juristisch jedem Einwand überlegen. Die juristische Überlegenheit unseres Standpunktes zeigt sich darin, daß wir die *inneren Widersprüche* und die *innere Selbstzerstörung* des auf uns lastenden Zwangsnormensystems erkennen und durchschauen. Das ist etwas juristisch durchaus Entscheidendes und keineswegs nur „negative Kritik“ oder ein ohnmächtiges Räsonnement. Es läßt sich heute mit rechtswissenschaftlicher Exaktheit zeigen, daß das Legalitätssystem des Versailler Status quo keiner inneren Folgerichtigkeit fähig und nicht imstande ist, auch nur die allernotwendigsten Ansätze zu einem in sich einheitlichen juristischen Kosmos zu bilden, sei es in der Gestalt eines in sich selbst konsequenten Normensystems, sei es in einer lebensfähigen Institution. Das „Recht“ ist nicht eine beliebige Summe von Zwangsdrohungen, nicht eine Reihe zusammengestellter Befehle und Diktate, sondern es hat seine eigene, innere Logik und Folgerichtigkeit. Als Recht bewährt es sich darin, daß es sich mit einer spezifischen Logik und Folgerichtigkeit zu einem widerspruchslosen Ganzen und einer konkreten Friedensordnung entwickeln kann. Nur dadurch vermag es die Menschen zu überzeugen und einen Glauben an den Rechtscharakter eines konkreten Rechtsinhaltes hervorzubringen. Ohne das sind die „Strohfeuer“ diktierter Satzungen oder Vertragsnormen bald erloschen. Zu dieser inneren organischen Folgerichtigkeit, also zu einer eigentlichen Rechtswissenschaftlichkeit, hat sich das Versailler System als unfähig erwiesen. Die Scheinblüte eines aufgeblähten Völkerrechtsbetriebes, von der wir in unserer Erörterung der gegenwärtigen Lage des Völkerrechts ausgin-

gen, ist rasch verwelkt. Sie erscheint immer mehr als eine fadenscheinige Kulisse vor einem juristischen Nichts, ein durchsichtiges Gewebe über dem inneren Chaos und der Totenleere eines von keinem Rechtsprinzip beseelten Komplexes ungerechter Zwangsnormen.

Der *Kriegsschuldartikel* (Art. 231) des Versailler Vertrages macht den Versuch, den Zwangsnormen des Diktats eine sittliche und gerechte Grundlage zu geben. Aber die ganze Kriegsschuldlüge ist auch in ihren subtilen juristischen Formen längst zusammengebrochen und preisgegeben.[7] So enthält die Tatsache dieses Artikels ein Selbstzeugnis für die juristische Notwendigkeit einer echten Rechtssubstanz, ebenso wie die juristische Preisgabe der Kriegsschuldlüge den Mangel an echter Rechtssubstanz beweist.

Es ist ferner kennzeichnend, daß der Genfer Völkerbund, der das Versailler System mit der Würde einer echten Rechtsinstitution umkleiden sollte, sich als unfähig erwiesen hat, eine echte, legale *Revisionsmöglichkeit* zu schaffen. Die Völkerbundsatzung enthält in Artikel 19 einen vorsichtigen Versuch, ein Revisionsverfahren einzuführen. Auch dieser Versuch ist von grundsätzlicher Bedeutung, weil er das Anerkenntnis enthält, daß es ohne echte Revisions- und Anpassungsmöglichkeiten keine Völkerrechtsgemeinschaft gibt. Irgendeine konkrete Vorstellung eines „normalen", innerlich berechtigten Verteilungsprinzips, sei es auch nur das äußerliche Gleichgewicht der Staaten und der Völker, gehört zu jeder Ordnung; ohne ein sachinhaltliches Legitimitätsprinzip, wie z. B. das Selbstbestimmungsrecht der Völker oder einen anderen Gerechtigkeitsgesichtspunkt, kann keine Völkerrechtsgemeinschaft bestehen. Sonst wäre sie nichts als der krampfhafte Versuch, die Lage irgendeines weltgeschichtlich betrachtet willkürlichen Stichtages, etwa des 28. Juni 1919, zu verewigen. Warum soll die Weltgeschichte gerade am 28. Juni 1919 plötzlich stillstehen, und warum soll das gerade Recht sein? Auf diese einfache, auch juristisch entscheidende Frage hat das ganze Versailler System keine juristisch befriedigende Antwort zu geben vermocht. Dadurch, daß man eine Revisionsmöglichkeit geschaffen hat, hat man die rechtliche Bedeutung der Revisionsfrage anerkannt und zugegeben, daß es kein lebendiges Recht ohne eine effektive Revisionsmöglichkeit geben kann. Aber gleichzeitig hat man diesen Weg und dieses Ventil sofort wieder verschüttet und versperrt. Der Selbstwiderspruch ist augenfällig. In 15 Jahren eines chaotisch unbefriedeten Zustandes ist von dieser Revisionsmöglichkeit des Artikels 19 kein einziges Mal praktisch Gebrauch gemacht worden. Einige hilflose, von Bolivien 1921 und China 1929 unternommene Anläufe sind bereits im allerersten Stadium erstickt worden und beweisen nur die praktische Bedeutungslosigkeit des

---

[7] *Hans Martin Beheim-Schwarzbach,* Der Kriegsschuldartikel – Artikel 231 des Versailler „Vertrages" – Entstehungsgeschichte und rechtliche Bedeutung, Berlin u. Bonn 1934, Dümmler (Diss. Greifswald 1933).

Revisionsartikels der Völkerbundsatzung. Man hat also ein ungeheures juristisches Vertragsnormensystem errichtet, das keine rechtlichen Wachstumsmöglichkeiten und keine natürliche Lebensentfaltung zuläßt, sondern aus dem Recht ein lebens- und entwicklungsfeindliches Instrument der Verewigung eines bestimmten Augenblickes macht, und zwar eines Augenblickes höchsten Unrechts, eines Augenblickes, in dem blinder Haß und eine maßlos sich sättigende Rachsucht triumphierten.

Ebenso schlecht steht es mit den Versuchen, ohne eine echte Friedensgrundlage ein *Kriegsverhütungssystem* zu schaffen. Im Kern aller politisch bedeutungsvollen Beilegungs-, Vermittlungs-, Vergleichs- und Schiedsgerichtsverträge ebenso wie aller Nichtangriffspakte steht die Frage nach der Definition des Angreifers. Heute läuft diese Definition des Angreifers immer auf die Frage nach der Zuständigkeit zur Bestimmung des Angreifers hinaus. Auch die angeblich „automatischen", d. h. durch Selbstanwendung einer normativen Regelung sich ergebenden Bestimmungen des Angreifers wie z. B. die des Genfer Protokolls von 1924, münden in die alte Frage: *Quis judicabit?* Wer entscheidet, ob eine Vertragsverletzung vorliegt, ob die entmilitarisierte Zone verletzt ist, ob die Bürgen des Westpaktes von Locarno, England und Italien, einspringen müssen oder nicht? Alle Großmächte, insbesondere England, betonen immer wieder, daß jeder Garant *selbst* entscheidet. Die Beantwortung der Frage, wer der Angreifer ist, liegt also in all den vielen Nichtangriffspakten – die doch als solche einen konkreten Begriff vom *Angreifer* voraussetzen – einfach in der Hand jeder Großmacht, die sich im konkreten Fall zu entscheiden hat. Die Folge eines solchen „Nichtangriffspaktes" ist demnach – weil jede Großmacht *für sich* darüber entscheidet, wer der Angreifer ist und ob der Fall des Nichtangriffspaktes vorliegt oder nicht – nur eine *Legalisierung des Krieges.* Dem angegriffenen Schwachen, gegen den sich die Entscheidung einer Großmacht richtet, wird die juristische Möglichkeit genommen, sich auf sein Recht zu berufen. Hier zeigt sich am besten, wie diese positivistische Legalisierung den letzten Rest von sachlichem und substanzhaftem Recht zerstört. Es ist kein Zufall, daß alle juristischen und positivistischen Präsumtionen und Fiktionen des Angreifers *immer zu Lasten des Schwachen und des Entwaffneten* gehen. Wir haben im Versailler Vertrag bei der Normierung der entmilitarisierten Zone im Artikel 42 ein horrendes Beispiel solcher juristischen Fiktionen des Angreifers. Wenn Deutschland die entmilitarisierte Zone verletzt, so gilt das nach jenem Artikel 2 als eine „Störung des Weltfriedens" und als ein Angriff gegen jeden einzelnen der 27 Staaten, die den Versailler Vertrag unterzeichnet haben. Wenn in Düsseldorf Sonntags nachmittags eine Militärkapelle spielt, so wird das nach einer übelwollenden „Auslegung" des Artikels 42 juristisch zu einem „Angriff" auf Siam und Portugal. Wenn aber die Franzosen mit einer ganzen modern ausgerüsteten Armee, mit Tanks und Kanonen in das deutsche

Ruhrgebiet einmarschieren, so ist das „juristisch“ kein Angriff, sondern eine „friedliche“ Maßnahme! Dieses System juristischer Um-Etikettierungen muß jedes Recht zerstören, das Ansehen des Völkerrechts vernichten und den letzten Rest des gesunden Rechtsempfindens anständiger Völker ausrotten. Im Januarheft 1932 der „Friedenswarte“ hat ein bekannter pazifistischer Völkerrechtslehrer, Professor Hans Wehberg in Genf, das Vorgehen der Japaner gegen Schanghai – über dessen sachliche Begründung hier nicht zu urteilen ist – „juristisch“ als eine „friedliche Maßnahme“ hingestellt, von der er wörtlich sagte, daß sie „allerdings von Schlachten größeren oder kleineren Umfanges“ begleitet sei, daß es aber für den Begriff des Krieges im juristischen Sinne auf solche Schlachten nicht ankomme, weil auch „Schlachten größeren oder kleineren Umfanges“ „friedliche“ Maßnahmen sein könnten.

So wird der Friede, nach dem eine gequälte Menschheit sich sehnt, zu einer juristischen Etikette, die man den blutigsten Vorgängen aufkleben kann! Es war der Scheinblüte eines aufgeblähten Völkerrechtsbetriebes vorbehalten, in solcher Weise die Rechtsbegriffe zu verwirren und mit einem kaum noch menschlichen Zynismus die Fälschung gerade des *Friedens*begriffes als Völkerrecht und Völkerrechtswissenschaft auszugeben. Bei dieser Art Jurisprudenz kann heute niemand mehr wissen, was Krieg ist. Ein bekannter amerikanischer Völkerrechtler, [Edwin M.] Borchard, hat anläßlich der „Ächtung“ des Krieges durch den Kelloggpakt von 1928 die Frage gestellt, ob dieser Pakt eine Ächtung des Krieges oder nur eine Legalisierung der „vorbehaltenen“ Kriege sei.[8] Die Frage ist allgemein berechtigt und gilt für das ganze Versailler „Kriegsverhütungssystem“. Es ist mit Hilfe jener Art Völkerrecht juristisch nicht auszumachen, was Krieg und Frieden eigentlich ist. Eine rechtliche Ordnung wird durch juristische Fiktionen verwirrt. Über der politischen und der rechtlichen Wirklichkeit ist ein beziehungsloses, fiktives Normengewebe ausgespannt, durch das alle Begriffe sinn- und situationslos werden und jede konkrete Beziehung zu der konkreten Ordnung eines friedlichen und gerechten Neben- und Miteinanderlebens gegenseitig sich achtender Völker verlieren.

V.

Die ganze Welt empfindet heute gefühlsmäßig diese allgemeine Selbstzerstörung, die von Tag zu Tag mehr hervortritt. Aber auch mit den Mitteln einer exakten Völkerrechtswissenschaft läßt sich nachweisen, in welchem Maße das positivistische System, das man auf der Grundlage des Versailler Diktats und der Situation von 1919 zu errichten versucht hat, brüchig und geistig

[8] American Journal of International Law, 1929, S. 116 f.

bankrott ist. Hunderte von Normen, die in den letzten Jahrzehnten zur Sicherung des Friedens entworfen und aufgestellt wurden, sind mangels einer echten Rechtssubstanz innerlich ausgehöhlt. Es ist eine für jede völkerrechtswissenschaftliche Betrachtung der Gegenwart zentrale Tatsache, daß es *in der Geschichte des Völkerrechts noch niemals so viele und so fundamentale „Vorbehalte" gegeben hat, wie seit etwa 30 Jahren.* Noch auf der ersten Haager Friedenskonferenz von 1899 galt es als etwas Ungewöhnliches und nicht ganz Korrektes, bei der Unterzeichnung von Verträgen und Erklärungen Vorbehalte anzufügen. Bereits auf der zweiten Haager Friedenskonferenz von 1907 hat man, wie Anzilotti[9] festgestellt hat, von 14 Abkommen 12 nur unter Vorbehalten angenommen, und zwar machten 28 Staaten zusammen 65 Vorbehalte. Oft ist ein besonderes Studium notwendig, um ausfindig zu machen, wozu sich der einzelne Staat gegenüber jedem der verschiedenen anderen Staaten eigentlich verpflichtet hat. Bei dem Beitritt zur Fakultativklausel (Art. 36 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs) ist ein so verwirrendes Hin und Her vielseitiger Vorbehalte entstanden, daß es schon fast der Lebensarbeit eines scharfsinnigen Spezialisten bedarf, um die Rechtslage jedes beitretenden Staates gegenüber jedem anderen beigetretenen Staate im einzelnen zu präzisieren. In demselben Maße, in dem sich ein Vordergrund zahlloser Normierungen zu jener Scheinblüte entwickelte, hat sich im Hintergrunde eine ebenso starke Menge von Vorbehalten aufgetürmt; und je mehr es sich positivistisch erweiterte, ist das Gebäude dieses Normensystems von innen heraus durch Vorbehalte entleert worden, so daß nur noch eine Fassade steht. Auch der Kelloggpakt wurde nur mit ganz fundamentalen Vorbehalten (Recht der Selbstverteidigung, der sog. britischen Monroedoktrin des Locarnovertrages usw.) angenommen. Die Vorbehalte, die heute zu allen wichtigen Kollektivverträgen gemacht werden, sind *nicht etwa nur einschränkende und begrenzende Modifikationen, es sind existentielle und sinngebende Vorbehalte,* die dem Vertrag überhaupt erst seinen Sinn und Inhalt geben. Kein politisch bedeutender Vertrag, der nicht durch diese Vorbehalte überhaupt erst seinen konkreten juristischen Inhalt bekäme.

Das ist das praktische Ergebnis der Versuche, durch eine ungeheure Zahl geschriebener Normierungen auf einer nicht befriedeten Grundlage ein positivistisches Normensystem zu errichten. Das System hat sich von innen heraus selber zerstört, indem es seine eigenen Totengräber in der Gestalt dieser Vorbehalte fortwährend erzeugte. So ist es dazu gekommen, daß heute nicht mehr die Verträge, sondern die Vorbehalte den eigentlichen Inhalt des Völkerrechts darstellen. Die positivistisch-normativistisch mißachteten völkerrechtlichen *Grundrechte* haben sich auf dem Weg jener existentiellen

---

[9] Lehrbuch des Völkerrechts (deutsche Übersetzung von *Cornelia Bruns* und *K. Schmid*), Bd. I, S. 305.

Vorbehalte, insbesondere des unausrottbaren Vorbehaltes der Selbstverteidigung, höchst wirkungsvoll gerächt; sie haben ihre juristische Überlegenheit über die Fiktionen eines gerechtigkeitsleeren Rechtsbetriebes eindringlich dokumentiert. Einen höchst beachtenswerten ersten Anfang rechtswissenschaftlicher Klarstellung dieses Problems der Vorbehalte hat eine bedeutende Abhandlung von Professor Carl Bilfinger gemacht.[10] Es bedarf aber noch weiterer Arbeit, um Licht zu verbreiten und die Erkenntnis der Tragweite jener existentiellen Vorbehalte im völkerrechtlichen Leben fruchtbar zu machen. Aber es ist nur eine Frage der wissenschaftlichen Konzentration, die ich den Studenten der Rechtswissenschaft und der Politik an einer Hochschule für Politik ans Herz legen möchte, daß die fundamentale juristische Bedeutung der Vorbehalte aller Welt zum Bewußtsein kommt. Hier entwikkelt sich unaufhaltsam eine immer stärkere, vernichtende Widerlegung eines pseudojuristischen Systems, das dem natürlichen geschichtlichen Leben der Völker und den Grundrechten einer wahren Völkerrechtsordnung nicht gerecht zu werden vermochte.

VI.

Jedes auf einer unbefriedeten, in sich ungeordneten Staatenlage errichtete Normensystem muß sich durch die Praxis der existentiellen und sinngebenden Vorbehalte von innen heraus selbst zerstören. Aber auch der Versuch einer *institutionellen* Sicherung des Versailler Systems, der *Genfer Völkerbund*, war keines natürlichen Wachstums fähig und hat sich in sich selbst fortwährend widerlegt. Als die Vereinigten Staaten von Amerika sich entschlossen, dem Genfer Völkerbund *nicht* beizutreten, hatte er bereits seine Seele verloren. Denn die Seele dieses Völkerbundes war Wilson und seine liberal-demokratisch-humanitäre Ideologie. Wilson ist und bleibt der Gründer des Genfer Völkerbundes; mit ihm ist dieser „Bund“ als Bund entseelt und gestorben. Bereits im Jahre 1929 war diese erste fundamentale Wandlung eingetreten. Sie ging so tief, daß man den Genfer Völkerbund, wie er auf der Pariser Friedenskonferenz 1919 beschlossen und satzungsmäßig festgelegt worden war, und den Genfer Völkerbund des Jahres 1920 überhaupt nicht mehr als identische Größen ansehen kann. Ich gebe dem „*Temps*“, freilich von einer anderen Seite her, durchaus recht, wenn er in seinem Leitartikel vom 29. Juni 1934 sagt, durch die Nichtratifikation Ame-

[10] Betrachtungen über politisches Recht in der Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. I, 1930/31, S. 56–76. Ganz unzulänglich und ein Beispiel „weltfremder Völkerrechtswissenschaft“ ist die Göttinger Dissertation von *U. Scheidtmann,* Der Vorbehalt beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge. Berlin 1934.

rikas sei der ganze Vertrag von Versailles gefälscht („faussé“) worden.[11] In der Tat, ein gefälschter Vertrag wurde die Grundlage eines auf juristischen Fiktionen aufgebauten Völkerrechtsbetriebes. Ob die Vereinigten Staaten von Amerika Mitglied des Völkerbundes sind oder ob nicht, ändert die rechtliche Natur dieses Gebildes von Grund auf, da jede Gemeinschaft wesentlich von der Art und der Gesinnung seiner Glieder bestimmt ist. Das bescheidene Maß an Objektivität und Gerechtigkeit, das Deutschland in den letzten 15 Jahren seiner verzweifelten Situation erfahren hat, wurde ihm nicht vom Genfer Völkerbund, sondern, wie schon die mit den Lösungsversuchen des Reparationsproblems verbundenen Namen *Dawes*- und *Young*-Plan zeigen, auf dem Wege über die Vereinigten Staaten zugebilligt. Die Genfer „Gerechtigkeit“ aber war bereits 1920 „gefälscht“ und die Institution nicht mehr identisch mit sich selbst.

Eine zweite Wandlung trat dadurch ein, daß die anfangs vorausgesetzte *liberal-demokratische Homogenität der Mitglieder des Völkerbundes* entfiel. Auch hier zeigt sich, daß die Art der Mitglieder die Art einer Gemeinschaft wesentlich bestimmt. Als erstes Völkerbundsmitglied hat sich das faschistische Italien vom Demoliberalismus befreit. Es hat einen starken Widerstand überwinden müssen, um sich als nicht-liberaldemokratisches Mitglied des Genfer Völkerbundes, der stillschweigend noch immer an der liberal-demokratischen Homogenität festhielt, zu behaupten. Aber selbst in der Internationalen Arbeitsorganisation, die ein Hort und Schutzwall der Zweiten Internationale und der ihr zugehörigen liberaldemokratischen Ideologien war, hat es sich durchgesetzt. Zahlreiche andere Staaten, wie Polen, Jugoslawien, Österreich, Türkei, sind heute vollgültige und normale Mitglieder des Genfer Völkerbundes, obwohl sie alles andere als in einem liberal-demokratischen Sinne normale Staaten sind. In diesem Verzicht auf die liberal-demokratische Homogenität sehe ich die zweite Wandlung des Genfer Völkerbundes.

Die dritte, ebenfalls Kontinuität und Identität aufhebende Veränderung liegt in dem Austritt Japans und des Deutschen Reiches, die beide ständige Mitglieder des Völkerbundrates waren. Eine vierte, wiederum fundamentale Wandlung des Genfer Gebildes wäre der Beitritt des bolschewistischen Rußland, der Sowjet-Union, als eines „normalen“ Mitgliedes und ständigen Ratsmitgliedes des Genfer Bundes. Sie ist von ungeheurer völkerrechtlicher Tragweite, denn sie enthält die Anerkennung des Bolschewismus als eines

[11] Le Traité de Versailles s’est trouvé faussé dans son essence et sa portée par le fait de sa non-ratification par les Etats-Unis qui eut pour conséquence de faire tomber la garantie solidaire anglo-américaine.

„juristischen Welt-Systems“ und einer „großen Form der Zivilisation“ (vgl. Art. 9 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofes im Haag).[12]

So hat die Genfer Einrichtung sich im Laufe von 15 Jahren in ihrer rechtlichen und geistigen Substanz, in ihren Voraussetzungen und ihren Ergebnissen sozusagen auf den Kopf gestellt. Sie begann mit Intervention, Boykott und offener Feindschaft gegen die bolschewistische Sowjet-Union, und endet jetzt mit dem Beitritt eben dieser Sowjet-Union, als eines vollgültigen Mitgliedes und einer „führenden“ Macht. Der Genfer Völkerbund ist infolgedessen kein Bund und keine echte Gemeinschaft mehr, sondern nur noch ein opportunistisches Bündnis alten Stils, ein Bündnis eben jenes Allianzsystems, das zum Weltkrieg von 1914 führte. Damit ist auch der letzte Schein einer institutionell gesicherten Neuordnung, wie sie im Genfer Völkerbund versucht war, entfallen.

Schluß

Unsere Kritik an dem positivistisch-normativistischen Zwangsnormengeflecht von Versailles und dem auf seiner Grundlage errichteten Völkerrechtsbetrieb ist sachlich und wissenschaftlich tief begründet. Hinter dem dünnen Firnis juristischer Legalisierungen erkennt heute jeder die Grimasse einer niedrigen und grausamen Art von Vergewaltigung und Unterdrückung. Die Normen sowohl wie die Institutionen dieses Systems haben keine innere Gerechtigkeit und keine rechtliche Substanz und können infolgedessen auch keine juristische Folgerichtigkeit und Überzeugungskraft aus sich entwickeln.

Die Rechtssubstanz des europäischen Völkerrechtsgedankens liegt heute bei uns. Wir machen sie geltend, wenn wir unser Grundrecht auf Gleichheit und Gleichberechtigung, unser Grundrecht auf eigne Existenz, auf Selbstbestimmung, Selbstverteidigung und auf die Mittel der Selbstverteidigung geltend machen. Wir stehen, im Vollbesitze eines nicht nur formalistischen Rechtsbegriffs, gegenüber einem rechtsentleerten und entseelten System positivistischer Zwangsnormen. Wir haben den juristischen Leerlauf eines auf substanzhafte Gerechtigkeit verzichtenden Rechtsbetriebes durchschaut und lassen es nicht mehr zu, daß Recht und Gerechtigkeit auseinandergerissen werden. Wir sind heute imstande, ein auf bloßem Zwang beruhendes Diktat und eine nur „positivistische“ Vergewaltigung von dem guten Recht der guten Sache zu unterscheiden.

---

[12] Dazu die Aufsätze „Sowjetrußland und Völkerbund“ von Staatsrat Prof. Frhr. *von Freytagh-Loringhoven,* Deutsche Juristenzeitung, Juni 1934, Sp. 960 ff., und *Carl Schmitt* in Völkerbund und Völkerrecht, August 1934, Sp. 263 f.

Unser Standpunkt in der heutigen völkerrechtlichen Situation ist demnach klar umschrieben. Wir täuschen uns nicht über die gewaltige Rüstung und die schrecklichen Zwangsmittel des uns feindlichen Versailler Systems. Aber wir unterwerfen uns nicht geistig den vergewaltigenden Fiktionen seines toten Positivismus. Wir zanken nicht wie schlechte Advokaten um Silbenstechereien eines wucherischen Vertrages. Wir haben Genf verlassen, haben zwei große Prozesse mit den Polen, die bei dem Ständigen Internationalen Gerichtshof schwebten, abgebrochen und uns Auge um Auge mit dem polnischen Staat und dem polnischen Volk verständigt. Damit haben wir unsere Bereitschaft erwiesen, einen Ansatz und Anfang zu einer wirklichen und gerechten Befriedung des unbefriedeten Europa zu machen. Wir flüchten weder in ein abstraktes Naturrecht, noch in die chaotische Verzweiflung eines bolschewistischen Systems der Kampfansage an die Welt. Wir stehen auf dem Boden eines einfachen und konkreten Rechts, dessen Grundlagen, solange es noch etwas von einer Völker- und Staatenordnung in Europa gab, stets anerkannt waren. Dieser Rechtsstandpunkt läßt sich ohne Mühe verstehen und praktisch wie theoretisch weiterführen. Seinen guten Sinn wird jeder begreifen, dessen Rechtsgedanken durch die beziehungslose Künstlichkeit positivistisch-formalistischer Konstruktionen und Fiktionen noch nicht zerstört ist. Darum können wir trotz aller gegenwärtigen Entrechtung hoffen, unseren guten Kampf um das Recht schließlich doch zu gewinnen.

25. Der Führer schützt das Recht

Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934

Deutsche Juristen-Zeitung, 39. Jg., H. 15, 1. August 1934, Sp. 945–950

I. Auf dem Deutschen Juristentag in Leipzig, am 3. Okt. 1933, hat der Führer über Staat und Recht gesprochen. Er zeigte den Gegensatz eines substanzhaften, von Sittlichkeit und Gerechtigkeit nicht abgetrennten *Rechts* zu der leeren *Gesetzlichkeit* einer unwahren Neutralität und entwickelte die inneren Widersprüche des Weimarer Systems, das sich in dieser neutralen Legalität selbst zerstörte und seinen eigenen Feinden auslieferte. Daran schloß er den Satz: „Das muß uns eine Warnung sein".

In seiner an das ganze Deutsche Volk gerichteten Reichstagsrede vom 13. Juli 1934 hat der Führer an eine andere geschichtliche Warnung erinnert. Das starke, von Bismarck gegründete Deutsche Reich ist während des Weltkriegs zusammengebrochen, weil es im entscheidenden Augenblick nicht die Kraft hatte, „von seinen Kriegsartikeln Gebrauch zu machen". Durch die Denkweise eines liberalen „Rechtsstaats" gelähmt, fand eine politisch instinktlose Zivilbürokratie nicht den Mut, Meuterer und Staatsfeinde nach verdientem Recht zu behandeln. Wer heute im Band 310 der Reichstags-Drucksachen den Bericht über die öffentliche Vollsitzung vom 9. Okt. 1917 liest, wird erschüttert sein und die Warnung des Führers verstehen. Die Mitteilung der damaligen Reichsregierung, daß Rädelsführer der meuternden Matrosen mit Reichstagsabgeordneten der Unabhängigen Sozialistischen Partei verhandelt hatten, beantwortete der Deutsche Reichstag in lauter Entrüstung damit, daß man einer Partei ihr verfassungsmäßiges Recht, im Heere Propaganda zu treiben, nicht verkürzen dürfe und daß schlüssige Beweise des Hochverrates fehlten. Nun, diese schlüssigen Beweise haben uns die Unabhängigen Sozialisten ein Jahr später ins Gesicht gespien. In beispielloser Tapferkeit und unter furchtbaren Opfern hat das Deutsche Volk vier Jahre lang einer ganzen Welt standgehalten. Aber seine politische Führung hat im Kampfe gegen die Volksvergiftung und die Untergrabung des deutschen Rechts und Ehrgefühls auf eine traurige Weise versagt. Bis zum heutigen Tage büßen wir die Hemmungen und Lähmungen der deutschen Regierungen des Weltkriegs.

Alle sittliche Empörung über die Schande eines solchen Zusammenbruchs hat sich in Adolf Hitler angesammelt und ist in ihm zur treibenden Kraft ei-

ner politischen Tat geworden. Alle Erfahrungen und Warnungen der Geschichte des deutschen Unglücks sind in ihm lebendig. Die meisten fürchten sich vor der Härte solcher Warnungen und flüchten lieber in eine ausweichende und ausgleichende Oberflächlichkeit. Der Führer aber macht Ernst mit den Lehren der deutschen Geschichte. Das gibt ihm das Recht und die Kraft, einen neuen Staat und eine neue Ordnung zu begründen.

II. Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Mißbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft: „In dieser Stunde war ich verantwortlich für das Schicksal der deutschen Nation und damit *des Deutschen Volkes oberster Gerichtsherr*". Der wahre Führer ist immer auch Richter. Aus dem Führertum fließt das Richtertum. Wer beides voneinander trennen oder gar entgegensetzen will, macht den Richter entweder zum Gegenführer oder zum Werkzeug eines Gegenführers und sucht den Staat mit Hilfe der Justiz aus den Angeln zu heben. Das ist eine oft erprobte Methode nicht nur der Staats-, sondern auch der Rechtszerstörung. Für die Rechtsblindheit des liberalen Gesetzesdenkens war es kennzeichnend, daß man aus dem Strafrecht den großen Freibrief, die „Magna Charta des Verbrechers" (*Fr. v. Liszt*) zu machen suchte. Das Verfassungsrecht mußte dann in gleicher Weise zur Magna Charta der Hoch- und Landesverräter werden. Die Justiz verwandelt sich dadurch in einen Zurechnungsbetrieb, auf dessen von ihm voraussehbares und von ihm berechenbares Funktionieren der Verbrecher ein wohlerworbenes subjektives Recht hat. Staat und Volk aber sind in einer angeblich lückenlosen Legalität restlos gefesselt. Für den äußersten Notfall werden ihm vielleicht unter der Hand apokryphe Notausgänge zugebilligt, die von einigen liberalen Rechtslehrern nach Lage der Sache anerkannt, von anderen im Namen des Rechtsstaates verneint und als „juristisch nicht vorhanden" angesehen werden. Mit dieser Art von Jurisprudenz ist das Wort des Führers, daß er als „des Volkes oberster Gerichtsherr" gehandelt habe, allerdings nicht zu begreifen. Sie kann die richterliche Tat des Führers nur in eine nachträglich zu legalisierende und indemnitätsbedürftige Maßnahme des Belagerungszustandes umdeuten. Ein fundamentaler Satz unseres gegenwärtigen Verfassungsrechts, der Grundsatz des Vorranges der politischen Führung, wird dadurch in eine juristisch belanglose Floskel und der Dank, den der Reichstag im Namen des Deutschen Volkes dem Führer ausgesprochen hat, in eine Indemnität oder gar einen Freispruch verdreht.

In Wahrheit war die Tat des Führers echte Gerichtsbarkeit. Sie untersteht nicht der Justiz, sondern war selbst höchste Justiz. Es war nicht die Aktion eines republikanischen Diktators, der in einem rechtsleeren Raum, während das Gesetz für einen Augenblick die Augen schließt, vollzogene Tatsachen schafft, damit dann, auf dem so geschaffenen Boden der neuen Tatsachen, die Fiktionen der lückenlosen Legalität wieder Platz greifen können. Das Rich-

tertum des Führers entspringt derselben Rechtsquelle, der alles Recht jedes Volkes entspringt. In der höchsten Not bewährt sich das höchste Recht und erscheint der höchste Grad richterlich rächender Verwirklichung dieses Rechts. Alles Recht stammt aus dem *Lebensrecht* des Volkes. Jedes staatliche Gesetz, jedes richterliche Urteil enthält nur soviel Recht, als ihm aus dieser Quelle zufließt. Das Übrige ist kein Recht, sondern ein „positives Zwangsnormengeflecht", dessen ein geschickter Verbrecher spottet.

III. In scharfer Entgegensetzung hat der Führer den Unterschied seiner Regierung und seines Staates gegen den Staat und die Regierungen des Weimarer Systems betont: „Ich wollte nicht das junge Reich dem Schicksal des alten ausliefern." „Am 30. Jan. 1933 ist nicht zum soundsovielten Male eine neue Regierung gebildet worden, sondern ein neues Regiment hat ein altes und krankes Zeitalter beseitigt." Wenn der Führer mit solchen Worten die Liquidierung eines trüben Abschnittes der deutschen Geschichte fordert, so ist das auch für unser Rechtsdenken, für Rechtspraxis und Gesetzesauslegung, von juristischer Tragweite. Wir haben unsere bisherigen Methoden und Gedankengänge, die bisher herrschenden Lehrmeinungen und die Vorentscheidungen der höchsten Gerichte auf allen Rechtsgebieten neu zu prüfen. Wir dürfen uns nicht blindlings an die juristischen Begriffe, Argumente und Präjudizien halten, die ein altes und krankes Zeitalter hervorgebracht hat. Mancher Satz in den Entscheidungsgründen unserer Gerichte ist freilich aus einem berechtigten Widerstand gegen die Korruptheit des damaligen Systems zu verstehen; aber auch das würde, gedankenlos weitergeführt, heute das Gegenteil bedeuten und die Justiz zum Feind des heutigen Staates machen. Wenn das Reichsgericht im Juni 1932 (RGSt. 66, 386) den Sinn der richterlichen Unabhängigkeit darin sah, „den Staatsbürger in seinen gesetzlich anerkannten Rechten gegen mögliche Willkür einer ihm abgeneigten Regierung zu schützen", so war das aus einer liberalindividualistischen Haltung gesprochen. „Das Richtertum wird hineingedacht in eine Frontstellung nicht nur gegenüber dem Staatsoberhaupt und der Regierung, sondern auch gegenüber den Verwaltungsorganen überhaupt."[1] Das ist aus jener Zeit heraus begreiflich. Heute aber obliegt uns die Pflicht, den *neuen Sinngehalt aller öffentlichrechtlichen Einrichtungen, auch der Justiz*, mit größter Entschiedenheit durchzusetzen.

Am Ende des 18. Jahrhunderts hat der alte *Häberlin* die Frage des Staatsnotrechts mit der Frage der Abgrenzung von *Justizsachen* und *Regierungssachen* in Verbindung gebracht und gelehrt, bei Gefahr oder großem Schaden für den Staat könne die Regierung jede Justizsache zur Regierungssache erklären. Im 19. Jahrhundert hat *Dufour*, einer der Väter des französi-

[1] Vgl. die soeben erschienene neue Schrift von *H. Henkel*, Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, Hamburg 1934, S. 10 f.

schen Verwaltungsrechts, den jeder gerichtlichen Nachprüfung entzogenen *Regierungsakt* (acte de gouvernement) dahin definiert, daß sein Ziel die *Verteidigung der Gesellschaft*, und zwar die Verteidigung gegen innere und äußere, offene oder versteckte, gegenwärtige oder künftige *Feinde* sei. Was man auch immer von solchen Bestimmungen halten mag, sie weisen jedenfalls auf eine juristisch wesentliche Besonderheit der politischen „Regierungsakte" hin, die sich sogar in liberalen Rechtsstaaten rechtliche Anerkennung verschafft hat. In einem *Führerstaat* aber, in dem Gesetzgebung, Regierung und Justiz sich nicht, wie in einem liberalen Rechtsstaat, gegenseitig mißtrauisch kontrollieren[2], muß das, was sonst für einen „Regierungsakt" Rechtens ist, in unvergleichlich höherem Maße für eine Tat gelten, durch die der Führer sein höchstes Führertum und Richtertum bewährt hat.

Inhalt und Umfang seines Vorgehens bestimmt der Führer selbst. Daß seit Sonntag, dem 1. Juli nachts, der Zustand „normaler Justiz" wiederhergestellt ist, hat die Rede nochmals sichergestellt. Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934 (RGBl. I S. 529) bezeichnet in der Form eines Regierungsgesetzes den zeitlichen und sachlichen Umfang des unmittelbaren Führerhandelns. Außerhalb oder innerhalb des zeitlichen Bereiches der drei Tage fallende, mit der Führerhandlung in keinem Zusammenhang stehende, vom Führer nicht ermächtigte „Sonderaktionen" sind um so schlimmeres Unrecht, je höher und reiner das Recht des Führers ist. Nach den Erklärungen des preußischen Ministerpräsidenten *Göring* vom 12. Juli und des Reichsjustizministers *Gürtner* vom 20. Juli 1934[3] ist eine besonders strenge Strafverfolgung solchen unzulässigen Sondervorgehens angeordnet. Daß die *Abgrenzung* ermächtigten und nichtermächtigten Handelns im Zweifelsfalle nicht Sache der Gerichte sein kann, dürfte sich nach den vorigen Andeutungen über die Besonderheit von Regierungsakt und Führerhandlung von selbst verstehen.

IV. Innerhalb des Gesamtbereichs jener drei Tage treten diejenigen richterlichen Handlungen des Führers besonders hervor, durch die er als *Führer der Bewegung* den *besonderen*, gegen ihn als den höchsten politischen Führer der Bewegung begangenen *Treubruch seiner Unterführer* gesühnt hat. Der Führer der Bewegung hat als solcher eine richterliche Aufgabe, deren inneres Recht von keinem anderen verwirklicht werden kann. Daß es in unserem Staate nur einen Träger des politischen Willens gibt, die Nationalsozialistische Partei, hat der Führer in seiner Reichstagsrede ausdrücklich hervorgehoben. Zu einem Gemeinwesen aber, das in solcher Weise in Staat, Bewe-

---

[2] Vgl. den Aufsatz von *E. R. Huber*, Die Einheit der Staatsgewalt, unten Sp. 950 dieses Heftes.

[3] Völkischer Beobachter vom 13. Juli und vom 22./23. Juli 1934 und Dtsch. Justiz S. 925; vgl. auch die Rundschau unten Sp. 983.

gung, Volk gegliedert und geordnet ist, gehört auch das eigene innere Recht derjenigen staatstragenden Lebens- und Gemeinschaftsordnungen, die in einer besonderen Weise auf die eidlich beschworene Treue zum Führer begründet sind. Daran, daß die Partei ihre Aufgabe erfüllt, hängt heute nicht weniger als das Schicksal der politischen Einheit des Deutschen Volkes selbst. „Diese gewaltige Aufgabe, in der sich auch die ganze *Gefahr* des Politischen anhäuft, kann keine andere Stelle, am wenigsten ein justizförmig prozedierendes bürgerliches Gericht der Partei oder der SA. abnehmen. Hier steht sie ganz auf sich selbst“[4]. Hier ist deshalb der politische Führer infolge der besonderen Qualifikation des Verbrechens noch in einer spezifischen Weise zum höchsten Richter geworden.

V. Immer wieder erinnert der Führer an den Zusammenbruch des Jahres 1918. Von dort aus bestimmt sich unsere heutige Lage. Wer die ernsten Vorgänge des 30. Juni richtig beurteilen will, darf die Ereignisse dieses und der beiden folgenden Tage nicht aus dem Zusammenhang unserer politischen Gesamtlage herausnehmen und nach der Art bestimmter strafprozessualer Methoden solange isolieren und abkapseln, bis ihnen die politische Substanz ausgetrieben und nur noch eine „rein juristische Tatbestands“- oder „Nicht-Tatbestandsmäßigkeit“ übrig geblieben ist. Mit solchen Methoden kann man keinem hochpolitischen Vorgang gerecht werden. Es gehört aber zur Volksvergiftung der letzten Jahrzehnte und ist ein seit langem geübter Kunstgriff deutschfeindlicher Propaganda, gerade dieses Isolierverfahren als allein „rechtsstaatlich“ hinzustellen. Im Herbst 1917 haben alle in ihrem Rechtsdenken verwirrten deutschen Parlamentarier, und zwar Kapitalisten wie Kommunisten, Klerikale wie Atheisten, in merkwürdiger Einmütigkeit verlangt, daß man das politische Schicksal Deutschlands solchen prozessualen Fiktionen und Verzerrungen ausliefere, und eine geistig hilflose Bürokratie hat damals den politischen Sinn jener „juristischen“ Forderungen nicht einmal gefühlsmäßig empfunden. Gegenüber der Tat Adolf Hitlers werden manche Feinde Deutschlands mit ähnlichen Forderungen kommen. Sie werden es unerhört finden, daß der heutige deutsche Staat die Kraft und den Willen hat, Freund und Feind zu unterscheiden. Sie werden uns das Lob und den Beifall der ganzen Welt versprechen, wenn wir wiederum, wie damals im Jahre 1919, niederfallen und unsere politische Existenz den Götzen des Liberalismus opfern. Wer den gewaltigen Hintergrund unserer politischen Gesamtlage sieht, wird die Mahnungen und Warnungen des Führers verstehen und sich zu dem großen geistigen Kampfe rüsten, in dem wir unser gutes Recht zu wahren haben.

---

[4] Staat, Bewegung, Volk. Hamburg 1933, S. 22 [in dieser Ausgabe S. 93].

26. Die Neugestaltung des öffentlichen Rechts

Bericht über den Ausschuss „Staats- und Verwaltungsrecht“

Jahrbuch der Akademie für Deutsches Rechts, 1. Jg. (1933–34), S. 63–64

Es steht für uns fest, daß bei der Betrachtung des öffentlichen Rechts auszugehen ist von der großen Dreigliederung Staat, Bewegung, Volk. Wir wollen keine normativistischen Fassaden, sondern konkrete Ordnungen der Wirklichkeit von Staat, Bewegung und Volk schaffen. Der Normativismus der vergangenen Weltanschauung, der im juristischen Denken nur eine dienende nebensächliche Rolle spielen darf, aber sich zum alleinigen Herrn des geistig wissenschaftlichen Denkens und insbesondere des juristischen Denkens aufgeworfen hat, ist durch die große unvergleichliche Tat der nationalsozialistischen Bewegung überwunden. Das ganze System von Antithesen – Leib und Seele, Geist und Materie, Recht und Politik, Recht und Wirtschaft, Recht und Moral – muß der einheitlichen Synthese einer aus dem Gesichtspunkt der Ganzheit des Volkes betrachtenden rechtsschöpferischen Gestaltung Platz machen. Vor allem wird sich das Staatsrecht des Nationalsozialismus zu hüten haben vor übernommenen Begriffen der liberalen Staatsepoche und vor dem Versuch, mit Hilfe dieser angeblich allgemein gültigen juristischen Begriffe und Vorstellungen rechtliche Tatsächlichkeiten wieder heraufzubeschwören, die dem Geiste des neuen Staates entgegengesetzt sind.

Was nun die speziellen Aufgaben der Akademie für Deutsches Recht betrifft, so liegt es ihr nicht ob, unmittelbar politische Entscheidungen zu treffen, namentlich in Ansehung der künftigen Reichsreform. Diese Grundfragen der Reichsgestaltung, insbesondere des Schicksals der einzelnen Länder, können nur von der allein maßgebenden politischen Führung getroffen werden; wohl aber wird die Akademie für Deutsches Recht ihre Mitwirkung zur Verfügung stellen, wenn über einzelne Fragen des politischen Lebens und seiner rechtlichen Gestaltung ihre gutachtliche Meinung seitens der Staatsleitung ausdrücklich gewünscht wird.

In erster Linie werden unsere Aufgaben sachlich-wissenschaftlicher Art sein müssen. Hierbei wird es zunächst nötig sein, das riesenhafte Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts aufzuteilen in eine Reihe von enger begrenzten Gegenständen, deren jeder die volle Arbeitskraft eines Ausschusses beanspruchen wird.

Das große Gebiet des öffentlichen Rechts wird zweckmäßig in die Fachgruppen Staats- und Verwaltungsrecht sowie Völkerrecht aufzuteilen sein. Während für das Völkerrecht eine weitere Unterteilung nicht erforderlich erscheint, werden für das Staats- und Verwaltungsrecht mehrere Untergruppen geschaffen werden müssen.

Ein besonders wichtiges Problem wird namentlich dasjenige der ständischen Gliederung bilden, für welches die wissenschaftlichen Grundlagen nur durch eine Klarstellung des Begriffs des Standes und zugleich durch eine tiefergreifende Erfassung des Begriffs der öffentlichen Körperschaft zu gewinnen sein wird.

Ebenso wird die Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit einer grundsätzlichen neuen Betrachtung zu unterziehen sein. Eine scharfe Trennung der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit auf der einen, der Verwaltungs- und Staatsgerichtsbarkeit auf der anderen Seite muß als eine unausbleibliche Notwendigkeit bezeichnet werden. Es darf künftig nicht möglich sein, politische Fragen von höchster Bedeutung aus Anlaß von Zivil- und Strafrechtsprozessen durch hierzu völlig ungeeignete Stellen entscheiden zu lassen.

27. Sowjet-Union und Genfer Völkerbund

Völkerbund und Völkerrecht, 1. Jg., H. 5, August 1934, S. 263–268

Die Beziehungen zwischen der Sowjet-Union und dem Genfer VB haben verschiedene Stadien durchlaufen: sie begannen mit offener, gegenseitiger Feindschaft, mit Boykott und Interventionen, dann folgte eine bloß beobachtende Anwesenheit der Sowjets auf internationalen Konferenzen und eine Beteiligung an unpolitisch-technischer Zusammenarbeit; im Jahre 1932 erscheint die Sowjet-Union auf der Genfer Abrüstungskonferenz und seit dem Frühjahr 1934 liegt sogar ihr Beitritt zum Genfer VB im Bereich der praktischen Möglichkeit.

Im Frühjahr 1919, nach dem Zusammenbruch Deutschlands und während der Vereinbarung der VB-Satzung auf den Pariser Friedenskonferenzen, schien die Welt „reif für die Demokratie". Für die grundsätzliche Haltung, welche die alliierten und assoziierten Hauptmächte damals gegenüber dem bolschewistischen wie dem antibolschewistischen Rußland einnahmen, ist die erste und letzte der sieben Bedingungen kennzeichnend, die man dem Admiral Koltschak am 29.5.1919 stellte: sobald der Admiral Moskau erreicht habe, sollte er „eine nach freiem, geheimen und demokratischen Wahlrecht gewählte verfassunggebende Versammlung" einberufen; und wenn Rußland dann eine demokratische Regierung habe, werde es mit den andern Mitgliedern des VB an der Rüstungsbeschränkung mitarbeiten[1]. Der gleiche, ganz von Wilsons liberaldemokratischen Ideen getragene Geist hatte den Genfer VB inauguriert und ihm eine moralische Substanz gegeben, die eine bestimmte Art von Homogenität und infolgedessen auch eine über bloße Zweckmäßigkeitsbeziehungen und taktische Opportunitäten hinausgehende, echte Gemeinschaft artgleicher Staaten oder Völker zu ermöglichen schien. Auf der ersten VB-Versammlung konnte Motta noch sagen: „Es wird der Tag kommen, und ich bete dafür, daß Rußland selbst – geheilt von seinem Wahnsinn und befreit von seinem Elend – im VB die gegenseitige Hilfe, Ordnung und Sicherheit finden wird, die für seinen Wiederaufbau notwendig sind." Viviani sprach in ähnlicher Weise. Die Bolschewisten beschimpften den VB als eine juristische Kulisse vor der kapitalistisch-imperialistischen Ausbeutung der unterdrückten Völker. Aber der junge Genfer VB antwortete im

[1] *Ernest Lagarde,* La Reconnaissance du Gouvernement des Soviets, Paris 1924, S. 51.

Vollgefühl seiner moralischen Überlegenheit mit pädagogischer Milde und mit einem erneuten Bekenntnis zur Weltdemokratie.

Von Wilsons Ideen beseelt schien der Genfer VB 1919 etwas Anderes und mehr als ein Bündnis, er schien eine echte Gemeinschaft, ein „Bund“ werden zu können. Eine gewisse konkrete Homogenität ist die selbstverständlichste Voraussetzung jeder völkerrechtlichen Gemeinschaft, jeder „famille des nations“, jedes „Konzertes“ der Mächte, und ohne ein Minimum an Homogenität gibt es weder einen Bund, noch überhaupt eine denkbare Gemeinschaft, noch irgend eine sinnvolle und dauerhafte Garantie. Hier, in der Frage nach dem Grad und der Substanz der Homogenität, lag also die Kernfrage des VB, die Frage nach seiner rechtlichen und politischen Natur, nach dem Inhalt der Garantie des Art. 10 der Satzung und nach der juristischen Wirklichkeit seiner konkreten und spezifischen Ordnung, aus der heraus die Frage nach den Rechten und Pflichten der Mitglieder sowie eine juristische Auslegung der einzelnen Vertragsbestimmungen überhaupt erst sinnvoll würde. Für den Beginn des Genfer VB war es außerdem kennzeichnend, daß er in der Wilsonschen Welt- und Liberaldemokratie nicht nur die Substanz seiner Bundes-Homogenität, sondern gleichzeitig auch die Grundlage seiner Universalität gefunden zu haben glaubte. Das Kunststück eines mit der universalen Völkerrechtsgemeinschaft identischen VB schien gelungen oder wenigstens der Verwirklichung nahe zu sein.

Die große Bedeutung des russisch-bolschewistischen Problems liegt nun darin, daß an ihm alle derartigen Selbsttäuschungen scheitern. An Sowjet-Rußland zeigt sich, daß das alte Dilemma unverändert weiter besteht. Eine universale Vereinigung aller, auch der heterogensten Völker der Erde ist und bleibt zu abstrakt und lose; sie kann niemals die Grundlage einer effektiven und konkreten „Garantie“ werden; eine konkrete engere Gemeinschaft benachbarter oder wesensverwandter Völker aber, eine „regionale“ oder sonstige nähere Gemeinschaft ist zwar sicherer und fester, aber sie muß entweder ein Bund gleichberechtigter Völker sein, oder sie verwandelt sich im Ernstfall in ein bloßes Bündnis gegenüber den nicht zugehörigen Völkern oder Völkergruppen. Über diese unausweichliche Alternative hatte Wilsons Welt- und Menschheitsideologie eine Zeit lang hinweggetäuscht. Das bolschewistische Rußland war als ein „undemokratischer“ Staat kein mögliches Mitglied eines solchen VB. „Universality but not in the Bolshevik’s day“. Man hoffte, wie gesagt, es werde sich „bessern“ und eines Tages ein artgleiches Mitglied der liberaldemokratischen Staatengesellschaft werden. Nachdem diese Hoffnung inzwischen entfallen ist, mußte auch die auf der Wilsonschen liberaldemokratischen Homogenität beruhende Verfassung des Genfer VB entfallen.

Durch die Wandlung der innerstaatlichen Struktur der an einer völkerrechtlichen Ordnung und Gemeinschaft beteiligten Staaten verändert sich natürlich

auch die Struktur dieser zwischenstaatlichen Ordnung selbst, denn die Art der Mitglieder bestimmt wesentlich die Art einer Gemeinschaft. Die bloße Tatsache, daß die Vereinigten Staaten dem Genfer VB nicht beigetreten sind, hat sowohl diese Vereinigung, wie auch den juristischen Inhalt der VB-Satzung vollständig verändert. Mit Wilson hat der Genfer VB seine Seele verloren. Insofern ist es durchaus richtig, was „Le Temps“ in seinem Leitartikel vom 29.6.34 sagte: der Versailler Vertrag und damit auch die VB-Satzung sei in seinem Wesen und seiner Tragweite durch die Nichtratifikation der Vereinigten Staaten gefälscht worden[2]. Auf diese erste, durch die Entfernung der Vereinigten Staaten bewirkte, totale Wandlung des Genfer Gebildes folgte eine zweite, ebenso totale Veränderung, die darin bestand, daß ein Teil der Mitglieder des VB und sogar des VB-Rates das bisherige liberaldemokratische Ideal, den Rest von konkreter Homogenität, offen preisgab. Die Widerstände, die das faschistische Italien insbesondere innerhalb der Internationalen Arbeitsorganisation eine Zeit lang fand, waren bald überwunden. Nicht nur Italien, auch viele Staaten, die im liberaldemokratischen Sinne alles andere als „normal“ sind, werden heute selbstverständlich als vollwertige Mitglieder des Genfer VB behandelt, wie Polen, Jugoslawien, Österreich und die Türkei. Die weitere, ebenfalls fundamentale Veränderung, die durch den Austritt Deutschlands und Japans eingetreten ist, soll hier nur angedeutet werden. Wenn nun jetzt, nach solchen Wandlungen und fundamentalen Veränderungen ein so heterogener Staat wie die Sowjet-Union „normales“ Mitglied des Genfer VB und seines Rates würde, entfiele wohl auch die letzte Möglichkeit, an der Fiktion eines von einem gemeinsamen Geist getragenen und auf einem Minimum von Homogenität beruhenden Bundes festzuhalten. Aus dem Bund wäre ein offenes Bündnis bestimmter Staaten geworden, die sich hinter dem durchsichtigen Schleier der Genfer „Société“ mit Sowjet-Rußland zu einer Allianz alten Stiles zusammenfinden.

Vielleicht klingt das allzu „logisch“ und „juristisch“, und es ist ja bekannt, daß insbesondere die Engländer logischen und juristischen Raisonnements sehr abgeneigt sind. Aber hier handelt es sich nicht um eine abstrakte Konstruktion, sondern um die Wirklichkeit einer zwischenstaatlichen europäischen Ordnung und um die „Garantie“ des Friedens. Der Gedanke einer effektiven und konstruktiven Friedensgarantie steht im Mittelpunkte aller Bestrebungen, die auf eine solche zwischenstaatliche Ordnung gerichtet sind. Es wird aber oft vergessen, daß die Methoden der Garantie, die sehr verschieden sind, nicht beliebig miteinander kombiniert werden können, daß sie vielmehr einander sogar aufheben und ausschließen können. Die Garantie, auf der ein

[2] „Le Traité de Versailles s’est trouvé faussé dans son essence et sa portée par le fait de sa non-ratification par les Etats-Unis, qui eut pour conséquence de faire tomber la garantie solidaire anglo-américaine.“

wirklicher VB beruht, ist spezifischer Art: sie muß allen Mitgliedern in gleicher Weise zugute kommen. Der juristische Inhalt des Art. 10 der VB-Satzung hängt davon ab. Das Erfordernis der Gleichberechtigung ist hier nicht ein „bloßes politisches Postulat“, sondern die rechtliche Voraussetzung und die Grundlage für das Bestehen eines solchen Bundes überhaupt. Denn zwischen Berechtigten und Entrechteten, zwischen Bewaffneten und Entwaffneten, zwischen Beleidigern und Beleidigten gibt es keinen Bund und keine Gemeinschaft. Alle juristischen Konstruktionen und Fiktionen werden nicht darüber hinweghelfen, daß die Forderung der vollen sachlichen Gleichberechtigung Deutschlands nicht nur eine Angelegenheit Deutschlands, sondern die Existenzfrage jeder bundesmäßigen oder gemeinschaftsmäßigen Garantie des europäischen Friedens ist. Mit der Verneinung dieser Gleichberechtigung ist auch der Versuch, die alten Bündnis- und Allianzmethoden zu überwinden, und jede Möglichkeit eines wahren VB verneint. Kann man sich aus irgendwelchen politischen Motiven zu dieser Methode einer bundesmäßigen Garantie nicht entschließen, so gibt es eben keine Möglichkeit, dem alten Bündnissystem zu entgehen. Keine Macht der Erde wird sich dieser Logik entziehen können. Kein noch so kompliziertes System von Nichtangriffspakten wird diese einfache Wahrheit verhindern oder verschleiern. Keine Abneigung gegen „logisches“ Denken kann die folgerichtige Auswirkung dieser Wahrheit aufhalten.

Rußland bleibt immer der Prüfstein. An ihm erprobt sich die eigentliche Natur jeder europäischen Staatenverbindung. Zu Beginn des Genfer VB war die Sowjet-Union der offene Feind. In demselben Maße, in dem der Genfer VB seine moralische, rechtliche und politische Substanz und damit auch den Schein eines Bundes verlor, wurde eine „unpolitische Zusammenarbeit“ zwischen ihm und Sowjet-Rußland möglich. In demselben Augenblick, in dem sich dann, durch alle Umschreibungen der Garantiepakte hindurch, das alte Bündnissystem wieder einstellt, erscheint Sowjet-Rußland als der die Art und Methode des europäischen Staatensystems bestimmende politische Partner. Sowjet-Rußland entscheidet die Alternative zwischen bundesmäßiger und bündnismäßiger Garantie gegen die Versuche eines Bundes und zugunsten der alten Bündnis- und Allianzmethode, die 1914 in den Weltkrieg geführt hat. In einer solchen Lage ist die Sowjet-Union, weil sie die Entscheidung von sich aus trifft, allen juristischen Begriffen und Normen einer Friedensgarantie unendlich überlegen. Die Russen konnten daher dem Kelloggpakt ohne jeden Vorbehalt beitreten, während andere Staaten, wie England, Frankreich oder Polen, existentielle Vorbehalte (z. B. des Locarno-Vertrages, der „britischen Monroedoktrin“ und des Rechtes der Selbstverteidigung) machten. Die Russen konnten auf der Abrüstungskonferenz eine radikale, hundertprozentige Abrüstung vertreten, während sich alle übrigen Staaten auch hier Einschränkungen vorbehalten mußten. Heute kann Sowjet-Rußland Sicherheits-

und Nichtsicherheitspolitik, Abrüstungs- und Aufrüstungspolitik treiben. Es könnte auch – trotz Art. 1 Abs. 2 der VB-Satzung – dem Genfer VB als „zugelassener" Staat ohne jeden Vorbehalt beitreten, was die sonst so vorbildliche „eingeladene" Schweiz sich nicht leisten konnte. Diese merkwürdige Überlegenheit der Sowjets beruht darauf, daß sie außerhalb des Kreises stehen, innerhalb dessen sich die europäischen Völker auf dem Boden einer besseren als einer nur bündnismäßigen Friedensgarantie finden können.

Solange der entseelte Genfer VB der Verwirklichung einer bundes- und gemeinschaftsmäßigen Einigung Europas im Wege steht, ist die Sowjet-Union einem solchen VB und den untereinander uneinigen europäischen Mächten ebenso überlegen, wie in einem liberaldemokratischen, pluralistischen Parteienstaat eine starke kommunistische Partei, die eine Schlüsselstellung innehat, allen anderen Parteien überlegen ist. Eine solche Partei kann nach rechts wie links jedes denkbare Koalitionsspiel mitspielen oder verhindern. Wir haben in Deutschland die Methoden des innerpolitischen Koalitionsbetriebes, seine Technik und Logik im Laufe der 14 Jahre eines pluralistischen Parteienstaates gründlich kennen gelernt. Daraus ergeben sich für uns zahlreiche Aufschlüsse auch für die außenpolitischen Koalitions- und Allianzmethoden, mit denen ein in sich zerrissenes europäisches Staatensystem vergebens Frieden und Ordnung herbeizuführen sucht. In der interessanten und inhaltreichen Genfer These von Kathryn W. Davis „The Soviets at Geneva. The USSR and the League of Nations, 1919–33" (Chambery 1934, S. 294) ist die Ansicht vertreten, daß der Beitritt der Sowjet-Union dem Genfer VB die Unterstützung der Linksparteien in allen demokratischen Ländern verschaffen und dadurch das Ansehen des VB, das durch den Austritt Deutschlands und Japans und durch die radikalen Revisionsvorschläge Italiens gesunken ist, sich wieder heben würde; für Sowjet-Rußland aber wären, wie die Verfasserin meint, die Vorteile des Genfer VB „eine Messe wert". Dem mag wohl so sein, und zwar würde das nicht nur für eine, sondern für viele, und nicht nur für Genfer „Messen" gelten.

28. Rezension: Ulrich Scheidtmann, Der Vorbehalt beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge

Der Vorbehalt beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge. Von Dr. *U. Scheidtmann*. (International-rechtl. Abhandlungen, herausg. v. Prof. Dr. *Herbert Kraus*. Heft 19.) Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, Berlin 1934.
Deutsche Juristen-Zeitung, 39. Jg., H. 20, 15. Oktober 1934, Sp. 1286–1287

In der Geschichte des Völkerrechts hat es noch niemals so viele und so fundamentale Vorbehalte gegeben wie seit etwa 30 Jahren. Noch auf der ersten Haager Friedenskonferenz von 1899 galt es als etwas Ungewöhnliches und nicht ganz Korrektes, bei der Unterzeichnung von Erklärungen und Verträgen Vorbehalte anzufügen. Bereits auf der zweiten Haager Friedenskonferenz von 1907 hat man von 14 Abkommen 12 nur unter Vorbehalten angenommen, und zwar machten 28 Staaten zusammen 65 Vorbehalte. Oft ist ein besonderes Studium notwendig, um ausfindig zu machen, wozu sich der einzelne Staat gegenüber jedem der verschiedenen anderen Staaten eigentlich verpflichtet hat. In demselben Maße, in dem sich ein Vordergrund zahlreicher Akte und Verträge errichtete, hat sich im Hintergrunde eine ebenso starke Menge von Vorbehalten aufgetürmt, und je mehr es sich positivistisch erweiterte, ist das Gebäude dieses Normensystems von innen heraus durch Vorbehalte entleert worden, so daß nur noch eine Fassade steht. Die Vorbehalte, die heute zu allen wichtigen Kollektiv-Verträgen (Kellogg-Pakt usw.) gemacht werden, sind nicht etwa nur einschränkende und begrenzende Modifikationen, es sind existentielle und sinngebende Vorbehalte, die dem Vertrag überhaupt erst seinen Sinn und Inhalt geben. Kein politisch bedeutender Vertrag, der nicht durch diese Vorbehalte überhaupt erst seinen konkreten juristischen Inhalt bekäme. Das ist das praktische Ergebnis der Versuche, durch eine ungeheure Zahl geschriebener Normierungen auf einer nicht befriedeten Grundlage ein positivistisches Normensystem zu errichten. Das System hat sich von innen heraus selber zerstört, indem es seine eigenen Totengräber in der Gestalt dieser Vorbehalte fortwährend erzeugte. So ist es dazu gekommen, daß heute nicht mehr die Verträge, sondern die Vorbehalte den interessantesten Teil des Völkerrechts darstellen. Die positivistisch-normativistisch mißachteten völkerrechtlichen Grundrechte haben sich auf dem Wege jener existentiellen Vorbehalte, insbesondere des unausrottbaren Vorbehalts der Selbstverteidigung, höchst wirkungsvoll gerächt; sie haben ihre juristische Überlegenheit über die Fiktionen eines gerechtigkeitsleeren Rechtsbetriebes eindringlich dokumentiert.

An diesen Kernfragen geht das vorliegende Buch leider durchweg vorbei und muß deshalb als in hohem Maße unzulänglich bezeichnet werden. Es ist ein typisches Beispiel dafür, was Barandon „weltfremde Völkerrechtswissenschaft“ genannt hat (Völkerbund und Völkerrecht, 1934, S. 204 ff.).

29. Rezension: Hans Gerber, Auf dem Wege zum neuen Reiche

Auf dem Wege zum neuen Reiche. Eine Sammlung politischer Vorträge und Aufsätze aus deutscher Notzeit 1919–1931.
Von *Hans Gerber*. W. Kohlhammer, Stuttgart 1934.
Deutsche Juristen-Zeitung, 39. Jg., H. 23, 1. Dezember 1934, Sp. 1474

Diese Sammlung von Aufsätzen des Leipziger Staats- und Völkerrechtslehrers besteht die schwere, aber auch zuverlässige Probe, die darin liegt, daß Vorträge und Äußerungen aus den Jahren 1919–1931 heute veröffentlicht werden. In allen Reden Gerbers wirkt die Kraft einer starken nationalen Gesinnung noch unverändert nach. Ein Vortrag wie der über „Die Bildungsnot der Gebildeten", der 1925 in der Deutschen Burse zu Marburg gehalten wurde (S. 66), ergreift uns auch jetzt noch unmittelbar; er berührt eine Frage, die wohl kein deutscher Rechtslehrer umgehen kann und die von ganz verschiedenen Ausgangspunkten und Fragestellungen her von *Paul Ritterbusch* in seiner Abhandlung über die Idee der Reichsuniversität (vergl. auch DJZ 1934 Sp. 1361) und von mir in meiner Rede „Was trennt uns von der Bildung des 19. Jahrhunderts und was verbindet uns mit ihr?" auf der Münchner Gautagung des BNSDJ. am 12. Okt. 1934, ausgehend von *Theodor von der Pfordtens* „Aufruf an die Gebildeten deutschen Blutes", behandelt worden ist. Das Problem der Bildung geht uns deutsche Juristen doch nicht nur deshalb an, weil heute im Referendar- und Assessorexamen die „Allgemeine Bildung" sogar als Prüfungsfach erscheint! Auch zu zahlreichen anderen, auch heute noch besonders wichtigen Fragen hat Gerber Stellung genommen, wie dem Minderheitenproblem (S. 128), in dessen Kern er mit Recht nicht einen liberal-individualistischen Schutz des einzelnen, sondern den Schutz eines Volkes als solchen sieht, dem Begriff des Politischen (S. 174), der Judenfrage (S. 44), sowie der staatskonstruktiven Frage der autonomen Verbände (S. 86). Hier sind seine Ausführungen überall von unverminderter theoretischer und praktischer Bedeutung. Der Titel der Sammlung „Auf dem Wege zum neuen Reiche" ist keine äußerliche Gesamtbenennung, sondern bringt den tiefen geschichtlichen Sinn zum Ausdruck, der das wissenschaftliche und erzieherische Werk Hans Gerbers seit 1919 getragen hat.

30. Die Verfassungsmäßigkeit der Einsetzung von Staatskommissaren

Danziger Juristen-Zeitung, 13. Jg., Nr. 11,
25. November 1934, S. 113–116

I.

Die Danziger Verordnung betreffend die vorübergehende Einsetzung von Staatsbeauftragten (Staatskommissaren) vom 29. Juli 1933 (GBl. S. 348) ist auf Grund des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Staat vom 24. Juni 1933 (GBl. S. 273) ergangen. Die Verfassungsmäßigkeit dieses Ermächtigungsgesetzes wird hier vorausgesetzt. Wenn die Verordnung vom 29. Juli 1933 sich im Rahmen der in jenem Gesetz erteilten Ermächtigung hält, ist sie ein „besonderes Gesetz“ im Sinne des Art. 68 der Danziger Verfassung, der lautet:

„Die Landkreise, die Städte und die Gemeinden haben nach Maßgabe besonderer Gesetze Selbstverwaltung unter Aufsicht des Senats; es können ihnen auch Geschäfte der Staatsverwaltung übertragen werden.“

Das Ermächtigungsgesetz vom 24. Juni 1933 überläßt dem Senat der Freien Stadt Danzig die Ausübung der Gesetzgebungsbefugnis nur für solche Regelungen, die im Wege eines einfachen, nicht verfassungsändernden Gesetzes getroffen werden können. Sie gibt dem zu Rechtsverordnungen ermächtigten Senat nicht die Befugnis, Verordnungen zu erlassen, die Änderungen der Verfassung enthalten oder von ihr abweichen oder sie durchbrechen. Die Verordnung vom 29. Juli 1933 würde daher den Rahmen der erteilten Ermächtigung überschreiten und wäre verfassungswidrig, wenn sie eine Regelung enthielte, die nicht im Wege eines einfachen Gesetzes getroffen werden könnte, sondern eines verfassungsändernden Gesetzes bedürfte. Das wäre der Fall, wenn sie ihrem Inhalt nach von einem in der Verfassung enthaltenen positiven Rechtssatz abweicht oder ihn durchbricht. Da die Verordnung gemeinderechtliche Angelegenheiten betrifft, muß sie sich vor allem im Rahmen der Artikel 68 und 70 der Danziger Verfassung halten.

II.

1. Artikel 68 der Danziger Verfassung entspricht Artikel 127 der Reichsverfassung vom 11. August 1919. Beide Verfassungsbestimmungen gewährleisten die gemeindliche Selbstverwaltung unter dem Vorbehalt einfacher Gesetze; Artikel 68 „nach Maßgabe besonderer Gesetze“, Artikel 127 „innerhalb der Schranken des Gesetzes“. Dieser Vorbehalt des einfachen Gesetzes bedeutet aber nach der heute wohl allgemein anerkannten Auslegung nicht, daß die *Einrichtung* der gemeindlichen Selbstverwaltung im Wege eines einfachen Gesetzes oder einer diesem gleichstehenden Selbstverordnung *beseitigt* oder inhaltslos gemacht werden dürfte. Vielmehr enthalten beide Bestimmungen eine sogenannte *institutionelle Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung als solcher*. Die Lehre von den verfassunggebenden Einrichtungsgarantien hat sich in den letzten Jahren der Weimarer Republik seit 1928 entwickelt. Die nähere Bestimmung des Umfangs und Inhalts solcher Garantien ist nach der Art der Einrichtung und der Besonderheit der einzelnen verfassungsgesetzlichen Gewährleistung verschieden. Hinsichtlich des Artikels 127 RV. und insofern auch des Artikel 68 der Danziger Verfassung dürfte heute allgemeine Übereinstimmung darüber bestehen, daß diese Artikel eine Einrichtungsgarantie enthalten[1].

2. Nach der Lehre von der institutionellen Garantie kann auf Grund des Artikels 68 die gemeindliche Selbstverwaltung durch ein einfaches Gesetz oder eine ihm gleichstehende Rechtsverordnung nur *geregelt* und *beschränkt, nicht aber beseitigt*, vernichtet oder inhaltslos gemacht werden. Eine Anordnung, die nach ihrem Ziel und Zweck mehr und etwas anderes sein soll, als „Schranke“ oder „Maßgabe“, würde die Einrichtungsgarantie verletzen. Demnach hängt die Verfassungsmäßigkeit der Verordnung vom 29. Juli 1933

---

[1] Eine fast vollständige Zusammenstellung der Ansichten und Meinungen über die „institutionellen Garantien“ findet sich in der kürzlich erschienenen Abhandlung von *Friedrich Klein* über die Lehre von den „Institutionellen Garantien“, Breslau 1934, wo (S. 7) festgestellt wird, daß diese Lehre – Besprechung im Abschnitt „Bücherschau“ dieser Nummer – „nunmehr sozusagen unbeschränkte Anerkennung in Wissenschaft und Praxis gefunden“ habe. Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich vom 10./11. Dezember 1929 (RGZ. 126 Anhang S. 22) und vom 5. Dezember 1931 (RGZ. 134 Anhang S. 46) vertreten in der Sache den gleichen Standpunkt und gehen davon aus, daß im Wege eines einfachen Gesetzes oder einer ihm gleichgestellten Rechtsverordnung die Selbstverwaltung „nicht völlig beseitigt“ werden darf. Auch die Erläuterung des Artikel 68 der Verfassung der Freien Stadt Danzig von *Reiß*, Danziger Rechtsbibliothek, 14, S. 111, geht davon aus, daß der Vorbehalt des einfachen Gesetzes dem Gesetzgeber keineswegs die Befugnis geben soll, Regelungen zu treffen, durch welche die in Artikel 68 enthaltenen Grundsätze inhaltslos werden.

davon ab, ob diese Verordnung die gemeindliche Selbstverwaltung als Einrichtung beseitigt oder nicht.

a) Nur die *Beseitigung* der Einrichtung verletzt die Einrichtungsgarantie. Eine wenn auch sehr weitgehende Ausdehnung der Mittel und Möglichkeiten staatlicher Aufsicht ist noch keine Beseitigung oder Vernichtung. Das folgt schon daraus, daß eine solche Erweiterung der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten unter den Vorbehalt des Gesetzes fällt, den Artikel 68 ausspricht. Die institutionelle Garantie enthält nicht etwa eine verfassungsmäßige Festlegung des gesamten Bestandes der gesetzlichen Lage, wie sie bei Inkraftsetzung der Verfassung gegeben war. Durch eine derartige Garantie soll nicht jede einzelne gesetzliche Bestimmung der bisherigen Regelung Verfassungsgesetzeskraft erhalten. Es soll insbesondere auch nicht die bei Inkrafttreten der Verfassung geltende Abgrenzung von staatlicher Aufsicht und gemeindlicher Selbständigkeit ihrem Inhalt und Umfang nach dauernd festgelegt werden. Gerade die Unterscheidung von institutioneller Garantie und Garantie des status quo eines bestimmten Stichtages gehört zu den wichtigsten und am meisten anerkannten Ergebnissen der Lehre von der institutionellen Garantie[2].

Außerdem ist zu beachten, daß es der gemeindlichen Selbstverwaltung als einer Einrichtung des öffentlichen Rechts wesentlich ist, daß die Gemeinden staatlicher Regelung und staatlicher Aufsicht unterstehen. Nur im Rahmen der staatlichen Gesamtorganisation und insbesondere auch nur im Rahmen der von der zuständigen staatlichen Stelle geleiteten Gesamtpolitik ist die Institution „gemeindliche Selbstverwaltung" rechtlich möglich und sinnvoll. Auch einschneidende Mittel der staatlichen Aufsicht heben die Einrichtung der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht auf; sie können vielmehr umgekehrt dem Grundgedanken und den Grundsätzen dieser Einrichtung dienen. Besonders in einer kritischen und schwierigen politischen Gesamtlage muß die gemeindliche Selbstverwaltung vor der Gefahr bewahrt bleiben, zum Stützpunkt politischer Bestrebungen zu werden, die sich der Gesamtpolitik des Staates entgegensetzen und ihren Richtlinien entgegenarbeiten. Eine Beschränkung der gemeindlichen Selbständigkeit, deren Sinn und Ziel es ist, die gemeindliche Selbstverwaltung aus diesem Gefahrenbereich herauszunehmen, bedeutet keine Beseitigung oder Vernichtung, sondern dient der Erhaltung der Einrichtung einer gesunden und lebensfähigen Selbstverwaltung. In keinem Staat, am wenigsten für den geschichtlich gewordenen deutschrechtlichen Typus der gemeindlichen Selbstverwaltung, hat diese Selbstverwaltung den verfassungrechtlichen Sinn, in einer Notzeit politische Kollisionen und Konflikte zu fördern oder den Gemeinden die Möglichkeit zu geben, sich den politischen Richtlinien der verfassungsmäßig zuständigen Staatsführung zu entziehen.

---

2 Vgl. Handbuch des deutschen Staatsrechts, II, S. 595 f. F. Klein a. a. O. S. 192 ff.

b) Eine verfassungswidrige Verletzung der Einrichtungsgarantie liegt nur dann vor, wenn die *Einrichtung als solche* beseitigt wird. Daraus folgt, daß eine *gegen eine oder mehrere einzelne Gemeinden* gerichtete Anordnung oder Maßnahme die Einrichtung der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht beseitigt oder vernichtet. Ebensowenig wie eine Festlegung der Gesetzeslage eines bestimmten Augenblicks, ist die Einrichtungsgarantie eine Gewährleistung oder Festlegung des status quo der einzelnen Gemeinden, wie sie bei Inkrafttreten der Verfassung bestanden. Daher kann ein einfaches Gesetz sogar die rechtliche Möglichkeit schaffen, eine ganze Gemeinde gegen ihren Willen einer anderen Gemeinde zwangsweise einzugemeinden, also ihrer gesamten selbständigen Existenz zu berauben, ohne daß darin eine Verletzung der institutionellen Garantie läge. In der Lehre von der sogenannten institutionellen Garantie ist das von Anfang an betont worden; der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich hat in seiner eben erwähnten Entscheidung (RGZ. 126 Anh. S. 13) den gleichen Standpunkt eingenommen. Die entgegenstehende Meinung einzelner Rechtsgelehrter (Stier-Somlo, Bühler), die aus der Einrichtungsgarantie eine Status quo-Garantie der einzelnen Gemeinden zu machen suchten, ist nicht durchgedrungen.

c) Die Verordnung vom 20. Juli 1933 schafft die gesetzliche Möglichkeit, einem *Staatsbeauftragten* die Verwaltung einer Gemeinde anstelle des zuständigen Gemeindevorstandes oder der Gemeindevertretung oder beider Gemeindebehörden vorübergehend ganz oder zum Teil zu übertragen. Die Streitfrage des deutschen Verwaltungsrechts, die namentlich in Jahren 1930/31 lebhaft erörtert[3] und durch die zweite Notverordnung des Reichspräsidenten vom 5. Juni 1931 (RGBl. I, S. 297) beendigt wurde, betraf die Einsetzung eines Staatsbeauftragten *ohne* ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Diese Streitfrage ist hier nicht von Bedeutung, weil die Verordnung vom 29. Juli 1933, wenn sie verfassungsmäßig ist, jedenfalls die besondere und ausdrückliche gesetzliche Grundlage schafft und das „besondere Gesetz“ im Sinne des Artikels 68 darstellt. Die Einsetzung eines Staatsbeauftragten ist ein Mittel der staatlichen Aufsicht, das der Einrichtung der gemeindlichen Selbstverwaltung als solcher nicht widerspricht, sondern im Gegenteil in einer durchaus typischen Art und Weise als ein Bestandteil der staatlichen Aufsicht und damit auch der Einrichtung selbst angesehen werden kann. Darin, daß eine besondere Regelung diese gesetzliche Möglichkeit ausdrücklich einführt und unter besonderen Voraussetzungen vorübergehend die Einsetzung eines Staatsbeauftragten vorsieht, liegt demnach keine Verletzung der Einrichtungsgarantie. Auch wenn der Staatsbeauftragte außerordentlich weitgehende Befugnisse erhält und, wie das nach der Verordnung vom

---

[3] Vgl. die Aufsätze von *v. Leyden*, RVerw.Bl. 52 S. 27 und 397 f. und *Stier-Somlo*, S. 101 f.

29. Juli 1933 zulässig sein soll, die Verwaltung einer einzelnen Gemeinde ganz in die Hand nimmt, ist die gemeindliche Selbstverwaltung als Einrichtung nicht beseitigt, so lange nur daran festgehalten wird, daß es sich um eine außerordentliche, durch eine Notlage bedingte, vorübergehende Übertragung handelt, und daß der Staatsbeauftragte die Gemeindeangelegenheiten als solche *anstelle der ordentlichen Gemeindebehörden* wahrnimmt. Trotz der Wahrnehmung durch den Staatsbeauftragten bleiben die gemeindlichen Angelegenheiten von den staatlichen getrennt und bleibt die Gemeinde als solche selbständig und vom Staat unterschieden. Von einer völligen Beseitigung oder Vernichtung der allgemeinen Einrichtung der gemeindlichen Selbstverwaltung kann in einem solchen Falle nicht gesprochen werden, noch viel weniger davon, daß es Ziel und Zweck der die Einsetzung des Staatsbeauftragten zulassenden Regelung sei, die Einrichtung der gemeindlichen Selbstverwaltung zu vernichten.

Die Einsetzung eines Staatsbeauftragten, dem die gesamte gemeindliche Verwaltung einer einzelnen Gemeinde vorübergehend übertragen wird, kann in zweifacher Weise durchgeführt werden. Es ist denkbar, daß der Staatsbeauftragte als ein *Gemeindeorgan* tätig werden soll, das unter besonderen Voraussetzungen vorübergehend in den Gesamtorganismus einer Gemeinde eingefügt wird. Die Maßnahme der Aufsichtsbehörde beschränkt sich dann nicht auf einzelne *Ersatzbeschlüsse* (wie Zwangsetatisierung oder Ersatzvornahme von Steuerbeschlüssen nach § 59 des Preußischen Kommunalabgabengesetzes in der Fassung des Art. V des Preußischen Gesetzes vom 25. März 1931, GS. S. 27), sondern geht dahin, daß der Staatsbeauftragte zu einem gemeindlichen *Ersatzorgan der ganzen gemeindlichen Verwaltung* dieser Gemeinde gemacht wird. Ein derartiges Ersatzorgan kann für bestimmte einzelne Angelegenheiten, z. B. die Durchführung einer bestimmten Gemeindesteuer, aber auch, wie nach Art. I der Verordnung vom 29. Juli 1933, für den Gesamtbereich einer gemeindlichen Verwaltung geschaffen werden. Die Einsetzung eines Staatsbeauftragten als eines zusammenfassenden Ersatzorgans bleibt in solchen Fällen ein Mittel der staatlichen Aufsicht, das sich durch die Erfordernisse einer besonderen Notlage erklärt, im übrigen aber in den Rahmen der gemeindlichen Selbstverwaltung als einer Einrichtung einfügt, und von dem Mittel der Ersatzbeschlüsse nur durch den größeren Umfang, nicht im Grundsatz unterscheidet. Es hebt die Einrichtung keineswegs auf, sondern kann in Notzeiten das zweckmäßigste Mittel sein, um die gemeindliche Selbstverwaltung aus einem Gefahrenbereich zu entfernen und sie dadurch zu erhalten. Ein solches Ersatzorgan hätte dann die Rechte und Pflichten der Gemeinde auch gegenüber der staatlichen Aufsichtsbehörde wahrzunehmen. Es wäre nicht einfach ein an unmittelbare Weisungen gebundener Untergebener der Aufsichtsbehörde, sondern ein Organ mit selbständigen Befugnissen. Die Verwaltung der Gemeinde bliebe nicht nur äußerlich,

organisatorisch und in vermögensrechtlicher Hinsicht von der des Staates getrennt, sondern der Staatsbeauftragte wäre im vollen Umfange des Art. V des Preußischen Gesetzes in die Rechtsstellung der Gemeindebehörden (Magistrat und Stadtverordnetenversammlung) eingerückt. Er hätte infolgedessen auch in allen Fällen, in denen es einer *Genehmigung* der staatlichen Aufsichtsbehörde bedarf, diese nachzusuchen. Nötigenfalls müßte er die Rechte der Gemeinden nach pflichtgemäßem Ermessen *auch gegenüber der Aufsichtsbehörde* vertreten und im Streifalle die Entscheidung der *Verwaltungsgerichte* anrufen, soweit hierfür gesetzliche Möglichkeiten bestehen.

Es wäre aber auch denkbar, daß der Staatsbeauftragte die gemeindlichen Belange als unmittelbares *Staatsorgan im Namen des Staates* wahrnimmt und nicht als Gemeindeangelegenheiten, sondern als Staatsangelegenheiten verwaltet. Dann wäre der Staatskommissar dienstlicher Untergebener der Aufsichtsbehörde und von ihren Weisungen abhängig; seine Handlungen wären Akte der unmittelbaren Staatsverwaltung; Selbstverwaltung und staatliche Aufsicht wären ausgeschaltet. Dieser Staatsbeauftragte wäre eine Art Podesta. Würde eine solche Verschmelzung von Staat und Gemeinde und eine solche Art von Staatsbeauftragten als *allgemeine* ordentliche Einrichtung eingeführt, so wäre damit die Einrichtung der Selbstverwaltung, wie sie sich bisher im deutschen Recht typisch entwickelt hat, beseitigt oder doch an einem für die Einrichtung als solche wesentlichen Punkte angetastet. Die Verordnung vom 29. Juli 1933 sieht aber eine solche Einrichtung nicht vor. Selbst wenn ihre Regelung dahin zielte, den Unterschied von staatlichen und gemeindlichen Handlungen zu beseitigen, und wenn die Handlungen des Staatsbeauftragten als Akte der unmittelbaren Staatsverwaltung gedacht wären, so beträfe sie doch nur eine außerordentliche Notmaßnahme, die auf eine vorübergehende, abnorme Lage einer der mehreren einzelnen Gemeinden beschränkt ist. Für den normalen Fall wird an der organisatorischen und vermögensrechtlichen Unterscheidung staatlicher und gemeindlicher Angelegenheiten und an der Einrichtung der gemeindlichen Selbständigkeit festgehalten. Es bleibt also im ganzen immer noch genug übrig, was als gemeindliche Selbstverwaltung bezeichnet werden kann.

Die Verordnung läßt nicht erkennen, ob der Staatsbeauftragte als gemeindliches Ersatzorgan oder als unmittelbares Staatsorgan tätig sein soll. Aber auch für den letzten Fall läßt sie deutlich genug erkennen, daß die Wahrnehmung der Gemeindeangelegenheiten durch den Staatsbeauftragten nur als Ausnahme für einzelne Gemeinden gedacht ist. Als solche ist sie mit der Einrichtungsgarantie der gemeindlichen Selbstverwaltung immer noch vereinbar. Denn wenn sogar die Möglichkeit der zwangsweisen Eingemeindung, also der völligen Vernichtung einer einzelnen Gemeinde, die Einrichtungsgarantie der Selbstverwaltung nicht verletzt, enthält auch eine ausnahmsweise erfolgende Übernahme der Gemeindeverwaltung einer einzelnen Gemeinde

durch ein staatliches Organ keine Verletzung der Einrichtung als solcher. Im Vergleich zu der vollen Beseitigung durch Eingemeindung ist eine vorübergehende Übernahme der Verwaltung auf den Staat offensichtlich der geringere und der weniger eingreifende Vorgang.

3. Nach Art. 70 der Verfassung der Freien Stadt Danzig gelten die Grundsätze für die *Wahl* zum Volkstag auch für die Stadt-, Kreis- und Gemeindewahlen. Diese grundsätzliche Regelung hat mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verordnung vom 29. Juli 1933 keinen Zusammenhang. Ist die Einsetzung eines Staatsbeauftragten, wie sie in der Verordnung vom 29. Juli 1933 vorgesehen ist, ein nach Art. 68 zulässiges Mittel der staatlichen Aufsicht, so kann sich die ausgeschaltete Gemeindevertretung nicht darauf berufen, daß sie gewählt ist. Daß die Verfassung für die Wahl der Gemeindevertretung bestimmte Grundsätze vorschreibt, besagt nicht, daß eine gewählte Gemeindevertretung ein Recht darauf habe, von einem im übrigen zulässigen Mittel der staatlichen Aufsicht verschont zu bleiben.

III.

Die Erörterung der Frage, ob die Verordnung vom 29. Juli 1933 eine Verletzung der Einrichtungsgarantie des Art. 68 enthält, führt immer wieder auf die andere Frage, ob die Einsetzung eines Staatsbeauftragten von dem verordnenden Senat als eine ordentliche und dauernde Regelung, oder aber als eine außerordentliche und vorübergehende Maßnahme gedacht und gewollt ist. Ist sie als eine für den Notfall gedachte außerordentliche Maßnahme gewollt, so ist selbst die Aufhebung der Unterscheidung von staatlichen und gemeindlichen Angelegenheiten und die vorübergehende Einführung unmittelbarer Staatsverwaltung einer einzelnen Gemeinde noch keine Verletzung der Einrichtungsgarantie. Im anderen Falle dagegen, wenn der Staatsbeauftragte als eine normale und dauernde Einrichtung des Gemeinderechts gedacht ist, wäre die Garantie des Art. 68 verletzt und die gemeindliche Selbstverwaltung als Einrichtung beseitigt oder doch in einem wesentlichen Bestandteil angetastet, weil das deutsche Gemeinderecht keinen unmittelbaren Staatsbeauftragten als ordentliches Gemeindeorgan kennt.

Nach dem Sinn und Wortlaut der Verordnung steht außer Zweifel, daß die Einsetzung eines Staatsbeauftragten nur als ein vorübergehender Ausnahmefall vorgesehen ist. Demnach enthält die Verordnung als solche auf keinen Fall eine Verletzung der Einrichtungsgarantie des Art. 68. Was aber eine im Einzelfall mißbräuchliche *Anwendung* der an sich gültigen Verordnung gegenüber einer oder mehreren einzelnen Gemeinden angeht, so kann sie nur dann als eine Verletzung der Einrichtungsgarantie der gemeindlichen Selbstverwaltung angesehen werden, wenn bei der den Staatsbeauftragten einsetzenden Regierung die Absicht unterstellt wird, durch die mißbräuchliche An-

wendung der Verordnung allgemein die Einrichtung der gemeindlichen Selbstverwaltung planmäßig auszuhöhlen und ihres Inhalts zu berauben. Die Möglichkeit der Unterstellung einer solchen vorsätzlichen und planmäßigen Aushöhlung verfassungsmäßiger Einrichtungen kann hier außer Betracht bleiben.

Im übrigen läßt sich die Annahme, daß im gegebenen Einzelfall eine mißbräuchliche Anwendung der an sich rechtsgültigen Verordnung vom 29. Juli 1933 vorliege, nur darauf stützen, daß behauptet wird, der Senat sei bei der Feststellung der Voraussetzungen oder bei der Bemessung des Umfangs der außerordentlichen Befugnisse über den Rahmen der Verordnung hinausgegangen. Für die Beurteilung dieser Frage ist zu beachten, daß die Einsetzung eines Staatsbeauftragten im gegebenen einzelnen Fall das zweckmäßige Mittel zur Überwindung einer Gefahrenlage sein kann, und daß der Senat verfassungsmäßig und gesetzlich zuständig ist, die hierfür in Betracht kommenden Ermessungsbegriffe und die von der politischen Bewertung der Sachlage abhängigen Feststellungen (Not- und Gefahrenlage, Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Übernahme der ganzen Gemeindeverwaltung) nach *seinem* Ermessen zu handhaben. Er trägt die politische Verantwortlichkeit dafür, daß in einer außergewöhnlichen politischen Lage von den außerordentlichen gesetzlichen Machtmitteln des Staates Gebrauch gemacht wird. Insbesondere gehört die politische Abschätzung und Bewertung der einzelnen Vorgänge und Tatsachen, die für seine politische Entscheidung unvermeidlich maßgebend ist, ebenfalls zur Zuständigkeit des Senats.

Wie weit eine derartige politische Entscheidung einer Regierung *durch die Gerichte nachgeprüft* werden kann, ist im bisherigen deutschen Verfassungsrecht hauptsächlich in der Praxis des Art. 48 RV. erörtert worden. Hierbei haben sich gewisse Grundsätze ergeben, die auch für die richterliche Nachprüfung einer Anwendung der Verordnung vom 29. Juli 1933 von Belang sind. Allerdings unterscheiden sich im übrigen die auf das Ermächtigungsgesetz vom 24. Juni 1933 und auf die Verordnung vom 29. Juli 1933 gestützten Befugnisse des Senats der Freien Stadt Danzig wesentlich von den außerordentlichen Befugnissen des Reichspräsidenten nach Art. 48 RV. Da es sich aber in beiden Fällen um eine außerordentliche Notlage als Voraussetzung außerordentlicher Eingriffsmöglichkeiten handelt, lassen sich trotzdem manche in der Praxis entscheidende Gesichtspunkte für die Abgrenzung des richterlichen Prüfungsrechts auch im vorliegenden Fall verwerten.

Die Rechtswissenschaft hat in dieser Frage den Unterschied von *Regierungsakten* und *Verwaltungsakten* betont und, meiner wissenschaftlichen Überzeugung nach mit Recht, die Auffassung vertreten, daß die Maßstäbe, die sich für die richterliche Nachprüfung von Verwaltungsakten, z. B. von Polizeiverfügungen in der verwaltungsgerichtlichen Praxis entwickelt haben,

nicht ohne weiteres auf die richterliche Nachprüfung von Regierungsakten übertragen werden können. H. Triepel[4] sagt hierzu:

„Sie (die Regierungsakte) stehen gewiß nicht außerhalb der Rechtsordnung, sind darum auch nicht jeder Kontrolle, auch nicht jeder richterlichen Kontrolle entzogen. Aber die Bewertung der Interessen, die für ihre Ausübung bestimmend ist, kann, wenn die Einheitlichkeit und Zielsicherheit der Staatslenkung bewahrt bleiben soll, der Prüfung eines außerhalb der Regierung stehenden Organs nicht unterstellt werden ebensowenig wie die Interessenabschätzung, die anderen ‚hochpolitischen' Akten, wie etwa der Auflösung eines Parlaments oder der Erklärung des Kriegs oder des Ausnahmezustands vorangeht. Solche Akte sind *nicht nur in Bezug auf die Frage des Ob*, sondern auch in Bezug auf die Frage des *Warum* Akte eines *unüberprüfbaren freien Ermessens*."

Eine weitere wichtige Ausführung findet sich im Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II S. 294. Die Entscheidung darüber, ob die für eine Notlage vorgesehenen außerordentlichen Befugnisse zur Anwendung kommen sollen, kann als das Hauptbeispiel eines typischen Regierungsaktes bezeichnet werden.

In der Rechtspraxis ist diese Unterscheidung von Regierungs- und Verwaltungsakten nicht ausdrücklich übernommen worden, wohl aber hat sich der ihr zu Grunde liegende Gesichtspunkt für die Abgrenzung des richterlichen Prüfungsrechts durchgesetzt. Selbst der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, der als Staats- und Verfassungsgerichtshof ein weitergehendes Prüfungsrecht in Anspruch nehmen könnte als es den ordentlichen Gerichten zusteht, hat die Besonderheiten solcher außerordentlichen, in Notzeiten getroffenen politischen Entscheidungen anerkannt. In der Entscheidung vom 5. Dezember 1931 (RGZ. 134, Anhang S. 44 ff.) ist ausgeführt, daß der vorübergehende Charakter einer Maßnahme nicht dadurch aufgehoben wird, daß diese Maßnahme für eine unbestimmte Zeit von voraussichtlich längerer Dauer bestehen kann und daß das Vorgehen der Regierung so lange als berechtigt angesehen werden muß, als sich nicht das Gegenteil aus den Verhältnissen der betreffenden Zeit heraus einwandfrei ergibt.

Im Ganzen geht die in Wissenschaft und Praxis herrschende Auffassung dahin, daß sich die richterliche Nachprüfung politischer Notentscheidungen auf den Fall *offensichtlicher Ermessensüberschreitung und offensichtlichen Ermessensmißbrauchs* beschränkt. Die Feststellung, daß ein offensichtlicher Ermessens*mißbrauch* vorliegt, würde aber bedeuten, daß die Regierung böswillig und sogar ohne subjektive Gutgläubigkeit gehandelt hat. Die Feststellung einer offensichtlichen Ermessungs*überschreitung* enthielte die Behaup-

---

[4] Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Tübingen 1923, S. 99 f.

tung, daß der Regierung jedes vernünftige politische Urteil fehlt. Es bedarf keiner weiteren Ausführung darüber, daß solche Vorwürfe der Böswilligkeit oder der Urteilslosigkeit nichts Alltägliches sein und nur auf Grund ganz besonderer Nachweisungen und Darlegungen, nicht aber auf Grund abweichender politischer Einschätzungen erhoben werden dürfen. Für die Abgrenzung des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber politischen Entscheidungen der Regierung bleibt immer der Gesichtspunkt maßgebend, daß der Richter trotz seines Rechtes, gewisse äußerste Grenzüberschreitungen nachzuprüfen, niemals *sein* politisches Ermessen und *seine* politische Bewertung bestimmter Vorgänge oder Verhältnisse an die Stelle des Ermessens der politischen Gesamtleitung des Staates setzen darf. Über das, was in einer kritischen und schwierigen politischen Lage notwendig und zweckmäßig ist, insbesondere auch über die Frage, wie weit in der Zusammensetzung einer Gemeindevertretung schwere politische Konfliktsmöglichkeiten enthalten sind, hat in erster Linie die politische Leitung eines Staatswesens zu entscheiden. Die Möglichkeit einer richterlichen Nachprüfung solcher politischen Entscheidungen hat nicht den Sinn, das politische Werturteil des Richters dem politischen Werturteil der zuständigen Staatsführung entgegenzustellen. Auch kann, wie der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich (a. a. O. S. 45) mit Recht anerkennt, nicht vermutet werden, daß eine Regierung mit ihren Maßnahmen „ein anderes Ziel verfolgt habe, als das Staatsleben in den von der Verfassung vorgeschriebenen Bahnen zu halten“.

31. Bericht über den Ausschuß für Staats- und Verwaltungsrecht

Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht, 1. Jg. (1933–34), S. 207–211

Ein Ausschuß für Staats- und Verwaltungsrecht muß seine Entwürfe, Denkschriften und Stellungnahmen mit besonderer Vorsicht und unter vielen Rücksichten vorlegen. Das liegt in der Natur der Sache, denn wir berühren unmittelbar grundlegende politische Entscheidungen, die sehr im Fluß sind und in die wir uns nicht unerlaubt einmischen dürfen und auch nicht einmischen wollen. Wir müssen also grundlegende politische Entscheidungen abwarten und dürfen und können uns nicht vordrängen. Das ist die eine Seite der Sache. Andererseits sind gerade diese Fragen des öffentlichen Rechts teils verfassungsrechtliche Fragen, teils andere Fragen; sie sind aber immer fundamentale Fragen der gesamten Neuordnung. Es ist also notwendig, daß die Akademie für Deutsches Recht sich als das sozusagen geistige Auge dieses überaus komplexen Entwicklungsvorganges bewährt, weil sonst dimensionierte Ressortarbeit gemacht wird und ein Gesamtgefüge des heutigen Staats, ein echter Neuaufbau nicht zustande kommen kann. Wir verkennen nicht, daß wir mehr als hundert Jahre in einer uns ausgesprochen fremden und feindlichen Tradition eines liberalen Konstitutionalismus gelebt haben, der heute noch die Begriffe bestimmt, und der nicht etwa nur in der geschriebenen Verfassungsurkunde, sondern bis in jede Institution des öffentlichen Rechts, bis in das Gemeinderecht und andere Nebengebiete hinein maßgebend geblieben ist.

So haben wir also eine echte wissenschaftliche geistige Gesamtaufgabe für unseren Ausschuß, und es kommt darauf an – das wäre die erste Aufgabe für eine praktische Arbeit –, die Gesamtlage, wie sie heute ist, richtig zu erkennen. Wir haben nicht mehr eine Verfassung im Sinne der Weimarer Verfassung; es ist nicht wahr, daß die Weimarer Verfassung noch gilt. Sie gilt vielleicht noch in einzelnen Normen, wie in Elsaß-Lothringen nach 1870 noch Normen der französischen Verfassung von 1852 galten. Kein Mensch kam auf den Gedanken, daraufhin zu sagen: etwa im Jahre 1880 hat in Elsaß-Lothringen noch die französische Verfassung Napoleons III. gegolten. Sie gilt nicht mehr als Verfassung, und zwar in keinem Atom ihrer Verfassungsexistenz. Das ist der Ausgangspunkt. Sie sehen aber schon daran, wie wesentlich es ist, die Begriffe klar zu halten und vor allen Dingen den Verfassungsbegriff. Kein Begriff des bisherigen liberal-konstitutionellen Systems stimmt

mehr. Die Weimarer Verfassung war ja hundertprozentig liberal-konstitutionell. Nur der Unterschied zwischen Verfassungsgesetz und einfachem Gesetz ist heute ganz anders. Schon die Tatsache, daß wir heute durch Regierungsbeschluß echte Verfassungsgesetze erlassen können, zeigt Ihnen den wesentlichen Unterschied.

Wenn ich diese so überaus komplexe Situation fest im Auge behalte, ergibt sich aus der Logik der neuen Begriffe eine Fülle von Aufgaben, die nur dann bewältigt werden können, wenn ein Organ vorhanden ist, das mit unbeirrter Aufmerksamkeit diese Seite der Sache verfolgt. Ich möchte aber hier natürlich keinen theoretischen Vortrag darüber halten, sondern mit einem einzigen Wort andeuten, was das Kennzeichen dieser neuen Lage ist, wie das jeder Deutsche, der sich mit dem öffentlichen Leben der Gegenwart irgendwie befassen muß, sofort erkennt. Ich sehe das Kennzeichen in den zahlreichen neuen Körperschaften des öffentlichen Rechtes, die bereits aufgetaucht sind und von allen Seiten noch auftauchen werden. Dieser Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts ist aber heute ein völlig leerer Allgemeinbegriff, eine *idée générale* im schlimmsten Sinne des Wortes. Er ist eine äußerliche Etikette und lebt nicht mehr. Vergessen Sie nicht, daß die NSDAP. Körperschaft des öffentlichen Rechts ist und zahlreiche Synagogengemeinden ebenfalls. Was habe ich also konkret festgestellt, wenn ich erkläre, daß die NSDAP. eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist? Nichts Wesentliches und nichts Entscheidendes! Also dieser alles überflutende Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts soll uns als Ausgangspunkt unserer Arbeit dienen.

Die zweite engere Aufgabe, an die wir bereits herangegangen sind, liegt darin, daß wir das Problem der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts behandeln. Denn mit dieser neuen Entwicklung, mit diesen so überaus verschiedenartigen Körperschaften des öffentlichen Rechts entstehen interessanterweise neue gerichtliche oder gerichtsähnliche Institutionen. Die Zuständigkeiten dieses Gebiets der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts sind in einem ganz auffälligen und tiefgehenden Wandel begriffen. Dringend notwendig ist es, das keinen Augenblick zu vergessen, weil man sonst blindlings vielleicht in gefährliche und frühere Gedankengänge hineingleitet.

Im Anschluß an die zahlreichen neuen Körperschaften des öffentlichen Rechts, aber auch unabhängig von ihnen, hat sich bereits eine neue Art von Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts ergeben. Die Verwaltungsgerichte sind heute nicht mehr das, was sie früher waren. Wir haben die Parteigerichte, die SA.-Gerichtsbarkeit, die Standesgerichte, die Ehrengerichte der verschiedensten Art, die Disziplinargerichte, und es kommt darauf an, einmal diese neuen Institutionen klar zu erkennen. Zweitens kommt es darauf an, ihr Verhältnis zueinander zu bestimmen und vor allen Dingen die fundamentale Aufgabe, das Verhältnis dieser neuen lebensvollen Einrichtungen zu den teils

bewährten und erhaltungswürdigen alten, teils aber auch im Wege stehenden Einrichtungen der allgemeinen bürgerlichen und sonstigen Gerichtsbarkeit klar festzulegen und hier eine fundierte, wissenschaftlich begründete Stellungnahme herbeizuführen. Dieses Problem der allgemeinen Gerichtsbarkeit, der ordentlichen bürgerlichen Gerichte und der Strafgerichte, in ihrem Verhältnis zu den neuen Gerichten ist so unmittelbar dringend, in der täglichen Praxis so aktuell, daß ich glaube, schon dieses Thema würde eine bedeutende Arbeit und Konzentration rechtfertigen, die vielleicht in den unter den unmittelbaren Notwendigkeiten des praktischen Lebens stehenden einzelnen Büros nicht überall in gleicher Weise und in gleicher Übersichtlichkeit erreicht werden kann. Dahinter steht natürlich das allgemeine Problem, das Herr Professor Hedemann bereits andeutete. Die Grenze zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht ist überhaupt ins Wanken geraten, wie er sagte. Es entspricht also nun der Gründlichkeit und Wissenschaftlichkeit einer Akademie für Deutsches Recht, auch diesen keineswegs bloß theoretischen Zusammenhang mit den neuen Gerichten und gerichtlichen Institutionen im Auge zu behalten.

So ergeben sich für meinen Ausschuß für Staats- und Verwaltungsrecht zu anderen Ausschüssen unmittelbare Beziehungen – auch das gehört zu der großartigen Organisation dieser Akademie für Deutsches Recht, daß die Zusammenarbeit eine lebensvolle *universitas* gewährleistet –, Beziehungen zum Ausschuß für Rechtsphilosophie, für Kommunalrecht, für Beamtenrecht, für Wehrrecht, für Finanzrecht usw.

Die zweite Aufgabe betraf also die Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts im Anschluß an diese neuen Einrichtungen. Die dritte, engste Aufgabe schließlich ist das Problem des sogenannten Reichsverwaltungsgerichts. In dieser Frage habe ich mich des Einvernehmens von Herrn Staatssekretär Pfundtner versichert, der hierfür in erster Linie in Betracht kommt, weil das die nächste und engste Aufgabe ist, während die anderen immer noch mehr einen theoretischen Charakter haben, womit ich nicht gesagt habe, daß sie unpraktisch sind. Dieses Reichsverwaltungsgericht ist sozusagen fällig. Ich sage absichtlich: dieses *sogenannte* Reichsverwaltungsgericht; denn das, was bisher in dieser Richtung an Entwürfen versucht worden ist und vorliegt – Sie erinnern sich zahlreicher Anläufe zu einem solchen Reichsverwaltungsgericht in den letzten zehn Jahren –, setzt eine ganz andere staatsrechtliche Struktur und ein ganz anderes Staatsgefüge voraus. In dem Wort „Reichsverwaltungsgericht“ bedeutet der Bestandteil „Reich“ ja einen Gegensatz zu den Ländern, und nachdem das föderalistische oder bundesstaatliche – oder wie man es immer nennen will – bisherige Verhältnis vom Reich zu den Ländern radikal entfallen ist und entfallen soll, ist das Problem des Reichsverwaltungsgerichts wesentlich anders geworden. Es ist so, daß meiner Meinung nach infolge dieser Veränderung unseres Staatsgefüges und

infolge der radikalen Beseitigung des föderalistischen Bestandteils bereits heute, ohne daß es einer besonderen gesetzlichen Äußerung bedürfte, der Staatsgerichtshof in Leipzig ganz von selbst gegenstandslos geworden ist. Es bedarf nicht einmal mehr einer besonderen Todeserklärung, weil diese Institution im ersten Abschnitt „Reich und Länder" der Weimarer Verfassung eingebettet ist und dieser ganze erste Abschnitt spätestens seit dem Gesetz vom 30. Januar 1934 erledigt ist. Es gibt also einen derartigen Staatsgerichtshof nicht mehr, der als Artikel 19 der Weimarer Verfassung in diesem föderalistischen Rahmen stand und darüber hinaus keinerlei, auch nicht die geringsten formellen Grundlagen haben kann.

So sehen Sie also, wie schnell sich im Anschluß an eine solche Veränderung des Staatsgefüges überhaupt auch die gerichtlichen Institutionen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ändern, und so ist selbstverständlich auch die Aufgabe eines Reichsverwaltungsgerichts heute anders als bisher. Ich glaube nicht, daß man von den bisherigen Entwürfen eines Reichsverwaltungsgerichts viel wird brauchen können. Hierbei zeigt sich allerdings auch, daß dieses Reichsverwaltungsgericht im engsten Zusammenhang mit der Verwaltungsorganisation selber steht. Es ist ja, richtig verstanden, sozusagen ein Anbau des Verwaltungsrechts. Wir denken ja nicht mehr im alten Sinne normativistisch, wir konstruieren die Verwaltung nicht mehr vom Verwaltungsrecht her, sondern das Verwaltungsrecht aus den konkreten Ordnungen der Verwaltung. Das ist gerade die von manchen erfahrenen Praktikern nicht sofort bemerkte Hauptaufgabe eines solchen Entwurfs eines Reichsverwaltungsgerichts. Wir müssen dieses Reichsverwaltungsgericht im Zusammenhang mit der neuen, mit der gegenwärtigen und der kommenden Verwaltungsorganisation auch in den einzelnen Regionen des Deutschen Reiches aufbauen. Wir können nicht von einem Verwaltungsgericht aus die Verwaltungsreform machen; das hieße den Bau beim Dache beginnen.

Das Zweite ist der unmittelbare Zusammenhang eines Verwaltungsgerichts mit dem materiellen Verwaltungsrecht, das infolge des Zusammenhangs mit der bisherigen staatlichen Zersplitterung Deutschlands unendlich unübersichtlich gestaltet ist. Hier ist man nun auf die Mitarbeit von Spezialisten aller Länder angewiesen. Wir hoffen, die geeigneten Mitarbeiter hierfür bald zu finden.

Die drei Aufgaben, die ich hier kurz gekennzeichnet habe, sind also teils sehr weit, teils spezieller; sie haben aber alle die unmittelbare Berührung mit den grundlegenden politischen Entscheidungen, und das ist ihre besondere Schwierigkeit.

Wir hoffen, noch im Laufe dieses Sommers auf der Grundlage der eben erwähnten Gesichtspunkte eine Denkschrift über die Gesamtlage der Körperschaften des öffentlichen Rechts und ihre neuen Gerichte sowie den Entwurf

eines Reichsverwaltungsgerichtsgesetzes vorlegen zu können, sind uns bei der Schwierigkeit dieser Materie aber darüber klar, daß gerade das ohne den besonderen Schutz der Akademie für Deutsches Recht nicht möglich wäre. Die Aufgaben sind so umfangreich, so komplex und auch so verantwortungsvoll, daß ich am Schluß dieser kurzen Bemerkungen meinen Dank für die Schaffung einer solchen Institution wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck bringen möchte.

32. Vorbemerkung des Herausgebers Bericht über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts Von Heckel-München, Henkel-Marburg, Walz-Breslau, Larenz-Kiel

Reihe „Der deutsche Staat der Gegenwart", Heft 12.
Herausgegeben von Prof. Dr. *Carl Schmitt*, Preußischer Staatsrat,
Mitglied der Akademie für deutsches Recht.
Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1935

Vorbemerkung

Am Donnerstag, den 20., und Freitag, den 21. Dezember 1934, fand im Festsaal des Preußenhauses in Berlin eine Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Hochschullehrer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen statt. Über 170 rechtswissenschaftliche und wirtschaftswissenschaftliche Hochschullehrer von allen Hochschulen des Reiches waren der Einladung des Reichsfachgruppenleiters Staatsrat Professor Dr. Carl Schmitt gefolgt. Der Reichsjuristenführer Reichsminister Dr. Hans Frank und der Staatssekretär im Reichsjustizministerium Dr. Roland Freisler stellten in ihren richtunggebenden Ansprachen die Grundlagen für die Arbeit der Tagung fest.

Gegenstand der Beratungen war die Studienreform. Die Vertreter der verschiedenen Einzeldisziplinen berichteten über ihre Vorschläge zur juristischen Studienreform. Die Berichte waren wie folgt verteilt:

Prof. Lange, Breslau/Bürgerliches Recht; Prof. Gieseke, Marburg/Handelsrecht; Prof. Hedemann, Jena/Recht des Arbeiters, des Bauern und der Wirtschaft; Prof. Reicke, Königsberg i. Pr./Rechtsgeschichte; Prof. Heymann, Berlin/Rechtsvergleichung und deutsches Privatrecht; Prof. Bräuer, Würzburg/Wirtschaftswissenschaftliche Vorlesungen für Juristen; Prof. Kreller, Tübingen/Römisches Recht; Prof. Bley, Gießen/Verfahrensrecht; Prof. Henkel, Marburg/Strafrecht; Prof. Larenz, Kiel/Rechtsphilosophie; Prof. Ritterbusch, Königsberg i. Pr./Staatslehre und Politik; Prof. Heckel, München/Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht; Prof. Walz, Breslau/Völkerrecht.

Professor Dr. *Eckhardt,* der zuständige Referent im Reichsministerium für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung, nahm in einem zusammenfassenden Bericht (veröffentlicht in Heft 11 dieser Schriftenreihe) zu den Vorschlä-

gen der Berichterstatter Stellung; daran schloss sich eine Aussprache an, in der die Fragen der juristischen Studienreform von den verschiedenen Einzelfächern her erörtert wurden. So ist die neue Studienordnung aus einer Gemeinschaftsarbeit zwischen den Ministerien und der Reichsfachgruppe Hochschullehrer im BNSDJ entstanden.

Das vorliegende Heft enthält die Berichte der Professoren *Heckel, Henkel, Walz* und *Larenz*. Die Hauptgedanken des Berichtes von Professor *Ritterbusch* sind bereits z. T. in seiner Schrift „Idee und Aufgabe der Reichsuniversität" (Heft 8 dieser Schriftenreihe) enthalten; im übrigen werden sie in einer später erscheinenden Abhandlung „Kritik der Allgemeinen Staatslehre" weiter dargelegt werden.

33. Rezension: Hermann Savelkouls, Das englische Kabinettsystem

Das englische Kabinettsystem. Von *Hermann Savelkouls*. 1934.
München, Berlin, Beck.
Deutsche Juristen-Zeitung, 40. Jg., H. 2, 15. Januar 1935, Sp. 107–109

Das Vorbild der englischen Verfassungszustände, besonders das englische Parlament, war ein liberals Jahrhundert hindurch ein großer, weltgültiger Mythos, der für viele sogar auch heute noch gilt. In manchen Kapiteln einer „allgemeinen" Staatslehre zeigt sich, wie schnell solche weltläufigen Suggestionen zur reinen „Wissenschaft" gemacht werden können. Savelkouls ist der mythischen Wirkung nicht erlegen und trotzdem der großen Bedeutung des englischen Parlamentarismus gerecht geworden. Das ist ein ungewöhnliches Verdienst. Parteiensystem, Wahlrecht, Kabinettsbildung werden in einer überaus lebendigen, auch die geschichtliche Entwicklung einbeziehenden Darstellung anschaulich gemacht. Kennzeichnend ist der vortreffliche Satz (S. 382): „Man kann weiterhin von dem englischen Parlamentarismus sprechen, wenn man nur das Beiwort englisch nicht vergißt, es mit Nachdruck betont. Ratsamer wäre allerdings – zumal gerade wir Deutschen geneigt sind, Namen und Inhalt gleichzusetzen –, die englische Form des Parlamentarismus und der Demokratie mit jenem Namen zu nennen, den die Engländer selbst gebrauchen – das Kabinettsystem." Das sollte entsprechend für manche andern, als Allgemein-Begriffe sich aufspielenden Worte und Begriffe gelten – ne simus faciles in verbis! Einmal allerdings scheint der Verfasser selbst der Gefahr von Allgemein-Begriffen nicht entgangen zu sein, nämlich dort, wo er Recht und Politik, Rechtsregel und Abreden (conventions) in einer etwas zu normativistischen Weise auseinanderreißt (Epilog über die Abreden der Verfassung, S. 383); hier hätte er in dem Aufsatz von Paul Ritterbusch über „Recht, Rechtsetzung und Theorie der Rechtsetzung im mittelalterlichen England" (Festgabe für Richard Schmidt, 1932, S. 212 f.) schöne, auch heute noch beachtliche Beispiele finden können, die einem für das englische Volk typischen, konkreten Ordnungsdenken besser gerecht werden als die normativistischen Kategorien eines G. Jellinek oder Hatschek. Aber das beeinträchtigt nicht die große Freude an diesem inhaltreichen und fesselnden Buch, das auch als ein wichtiges Hilfsmittel unserer politischen Bildung und Schulung unsern besonderen Dank verdient.

34. Paktsysteme als Kriegsrüstung. Eine völkerrechtliche Betrachtung

Münchner Neueste Nachrichten Nr. 90 v. 31.3.1935

Gegenüber dem elementaren Lebensrecht des deutschen Volkes beruft sich die französische Politik auf die „*Legalität*" ihres Standpunktes. Die Wiederherstellung des deutschen Rechts auf Selbstverteidigung beantwortet sie mit Hinweisen auf vorhandene oder noch abzuschließende „*allgemeine*" Pakte. Der politische Sinn ihrer juristischen Argumentationen ist immer der gleiche: Deutschland soll sich in das Begriffsnetz begeben, das die französische Politik und eine ihr dienende Völkerrechtswissenschaft mit großer Zähigkeit in Hunderten von Definitionen, Interpretationen, Konstruktionen, Pakten und Paktentwürfen seit anderthalb Jahrzehnten um das Versailler Diktat und die Genfer Völkerbundssatzung gewoben hat. Die wirkliche Lage eines friedens- und ordnungsbedürftigen Europa wird in diesem Netz verschleiert und verhüllt. *Pazifismus statt Frieden, Legalität statt Gerechtigkeit,* eine komplizierte Apparatur von Begriffsbestimmungen und Vertragsverpflichtungen statt einer lebensvollen Ordnung – das ist das bisherige Ergebnis dieser Methoden der Friedenssicherung.

Ein unter französischer Führung stehendes Völkerrecht denkt und spricht heute in abstrakten *Allgemeinbegriffen*. Aus dieser Gedankenwelt entstehen dann die allgemeinen Begriffsbestimmungen des Angriffs und des Angreifers, einer allgemeinen Sicherung gegen ebenso allgemeine Gefahren, einer Generalakte oder eines Generalpaktes mit allgemeinen Pflichten zu gegenseitigem Beistand. Auch die regionalen Pakte, z. B. der Kleinen Entente, sollen nur eine Spezialisierung der allgemeinen sein. Die Genfer Völkerbundssatzung erscheint dann als der allgemeinste dieser Pakte, sozusagen der Generalpakt der Generalpakte und das Minimum der allgemeinen Verpflichtungen. Ganz konkrete, situationsgebundene Begriffe wie „Gefahr" oder „Sicherheit" sucht man in generalisierende Umschreibungen zu fassen; ganz bestimmte Verpflichtungen zu Beistand und Hilfe, die nur im Hinblick auf einen bestimmten mutmaßlichen Gegner ihren Sitz und Inhalt haben, werden in abstrakten Wendungen denaturiert.

Trotzdem ist diese Methode der Allgemeinpakte und Allgemeinbegriffe von allergrößter politischer Bedeutung. Sie ist typisch für das französische Legalitätsdenken. Die aus solchem Denken entstehenden *„allgemeinen Pakte" sollen die Legalität des französischen Standpunktes schützen,* militä-

rische Rüstungen rechtfertigen und einer etwaigen Aktion Frankreichs den psychologischen und moralischen Boden bereiten. Sie werden dadurch zu einem wesentlichen Bestandteil der französischen Kriegsrüstung und sind ein *echtes „potentiel de guerre“.*

Drei Pakt-Typen

In der Menge der Pakte zur Sicherung des Friedens und zur Verhütung des Krieges lassen sich hauptsächlich *drei Typen* unterscheiden: die Nichtangriffs- und Neutralitätspakte, die Pakte auf gegenseitigen Beistand und endlich die Verträge, die eine bestimmte dritte Macht als schiedsrichterlichen Garanten einführen

Die Methode der *Nichtangriffs- und Neutralitätspakte* war eine Zeitlang (1925/26) eine besondere Spezialität der Sowjet-Union, solange sie noch nicht Mitglied des Genfer Völkerbundes war und eine Genfer Gesamtaktion gegen sich befürchten mußte. Es ist bewundernswert, mit welcher Virtuosität die Bolschewisten sich den Genfer Sprachschatz anzueignen und die Versailler Siegermächte auf diesem Gebiet sogar noch zu übertreffen wußten. Die französische Politik dagegen hielt sich mit großer Folgerichtigkeit an das Prinzip der allgemeinen Pakte mit gegenseitiger Beistandspflicht *(assistance mutuelle).* Der Präsident des Ministerrates, Flandin, hat sich noch in seiner Rede vom 20. März 1935 als Antwort auf die Wiederherstellung der deutschen Wehrhoheit, mit dogmatischer Entschiedenheit wiederholt zu diesem System bekannt. Neben den beiden Pakttypen der Nichtangriffs- und der gegenseitigen Beistandsverträge stellt der Locarno-Vertrag vom 16. Oktober 1925 – abgesehen von der einseitigen Entmilitarisierung des deutschen Westens und von der Fiktion des Angreifers bei flagranter Verletzung der entmilitarisierten Zone – ein Beispiel der dritten Art von *Sicherungsverträgen* dar, die sich von jenen beiden anderen Pakttypen dadurch unterscheidet, daß gegenüber der Kriegsgefahr, die zwischen zwei bestimmten Nachbarstaaten, Deutschland und Frankreich, ins Auge gefaßt wird, zwei bestimmte dritte Großmächte, die beide nicht gemeinsame Nachbarn sind, England und Italien, als eine Art schiedsrichterlicher Garanten eingeführt werden.

Sinnlosigkeit „automatischer“ Regelungen

Offensichtlich beruht dieser *Locarnovertrag* auf konkreten Gleichgewichtsvorstellungen; er ist jedenfalls kein beliebig übertragbares abstraktes Allgemeinsystem. Die Nichtangriffs- und Neutralitätsverträge bleiben in einer allgemeinen Negativität; die Vertragspartner verpflichten sich gegenseitig, sich *nicht* an einem Angriff zu beteiligen, *nicht* bei einer gemeinsamen

Aktion oder Koalition mitzuwirken, sich *nicht* in die Verhältnisse des Vertragspartners einzumischen. Eine solche allgemeine Pflicht zur Nichtaktivität kann, je nach der Entwicklung der Dinge, merkwürdige Überraschungen bringen, denn im politischen Leben haben Unterlassungen keine geringeren Folgen wie aktive Handlungen. Immerhin haben die Nichtangriffspakte auf den ersten Blick etwas Defensives und Friedliches; sie zeigen die Tendenz, einen etwaigen Konflikt einzuschränken und seine Erweiterung zu Koalitionskriegen oder Gesamtaktionen zu verhindern. Sie sind insofern das Gegenteil der Bündnisverträge alten Stils, die immer einen bestimmten Fall und eine bestimmte Hilfeleistung im Auge hatten. Dagegen führen die allgemeinen Generalpakte mit gegenseitiger Beistandspflicht jedes Staates gegenüber jedem anderen Staat zu einer unabsehbaren *Ausdehnung jedes Konflikts,* den sie betreffen. *Sie sind geeignet, lokale Gegensätze zu Weltkriegen zu erweitern* und können eine geradezu phantastische Steigerung und Erweiterung der früheren Bündnis- und Allianzmethoden mit sich bringen.

Ein Bündnis alten Stils ist zweifellos ein Kriegsrüstungsmittel ersten Ranges und ein echtes „Kriegspotential“. Von jenen allgemeinen Beistandspakten muß dann aber das gleiche in noch weit höherem Maße gelten, weil sie ein *System potentieller Bündnisse* sind. Die vielen schwierigen juristischen und politischen Fragen, die sich hierbei ergeben, können nur kurz erwähnt werden, um die gefährliche Problematik solcher Paktsysteme wenigstens anzudeuten: Wer entscheidet darüber, ob der Fall der Beistandsverpflichtung gegeben ist, also wirklich ein „Angriff“ oder eine „Bedrohung“ vorliegt? Kann der Beistand gegen den Willen des „angegriffenen“ oder „bedrohten“ Staates geleistet und aufgedrängt werden? *Welches ist der konkrete Inhalt der Pflicht zum Beistand und wer entscheidet darüber,* mit welchen militärischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Mitteln der Beistandspflicht genügt werden muß? Welches sind die Rechte eines Staates, der seiner Beistandspflicht genügen will, gegenüber einem anderen Staat, der sich seiner Beistandspflicht entzieht? Was bedeutet der leidige Vorbehalt bestehender Verpflichtungen? Wie soll man sich überhaupt das Zusammenleben einer großen Zahl verschieden starker Staaten denken, *deren jeder jeden anderen zu gleicher Zeit sowohl als potentiellen Verbündeten wie als potentiellen Angreifer behandeln müßte?* Diese und viele ähnlichen Fragen spotten jeder allgemeinen Definition und jeder „automatischen“ Regelung. Ein Staat, der zu seinem Wort steht, kann sich aber auf keinen Fall summarischen und unberechenbaren Verpflichtungen unterwerfen, die ihn möglicherweise mit entfernten und ihm gleichgültigen Staaten in die sonderbarsten Beziehungen und gleichzeitig in Konflikte mit seinen nächsten Nachbarn verwickeln.

Verallgemeinerung als imperialistische Waffe

Was bedeutet also das französische Streben nach solchen juristischen Verallgemeinerungen und einem System von Generalpakten und generellen Garantien? Psychologische Betrachtungen über den juristischen oder klassizistischen Geist der Franzosen können hier das Wesentliche nicht erklären, denn auch dieser abstrakte Geist ist, wenn es sich um seine eigene Existenz und seine politischen Zwecke handelt, überaus konkret und zielbewußt. *Gerade die Methoden der Verallgemeinerung sind eine spezifische Art politischer Waffe.* Man muß sich vergegenwärtigen, daß die Methoden der Verallgemeinerung nicht nur logisch, sondern auch politisch stets der Ausdruck von *Expansionstendenzen* sind. *Die Verallgemeinerung ist ein Mittel, sich selbst als die Norm zu setzen,* sich selbst als den Hüter des allgemeinen Rechts zu etablieren und sich auf solche Weise über den eigenen völkischen Bereich hinaus auszudehnen und zu erweitern. Daher arbeitet jeder *Imperialismus* mit vieldeutigen Allgemeinbegriffen und sucht die Völker, deren er sich bemächtigt, in einem System von weiten Begriffen und Normen zu erfassen, deren Definition, Interpretation und Sanktion im entscheidenden Falle von ihm selbst vorgenommen wird. Daher sucht er endlich auch jede Abweichung von diesen Methoden als einen Angriff auf die allgemeine Sicherheit und den allgemeinen Frieden zu disqualifizieren, weil er den andern von sich aus vorschreiben will, was sie unter ihrer Sicherheit zu verstehen haben.

Rüstungscharakter der Paktsysteme

Es handelt sich, praktisch gesprochen, heute um die Frage, *ob der europäische Kontinent unter französischer Hegemonie konföderiert werden soll* oder nicht. Die französischen Paktmethoden sind typische Kampfmittel derartiger Versuche, einen hegemonisch beherrschten Bund in Generalpakten zu erreichen. *Briands* „Memorandum über die Organisation einer europäischen Staatenföderation“ vom 17. Mai 1930 hat dieses Ziel, das vorher und nachher wieder in generalisierenden Formeln verhüllt worden ist, relativ konkret ausgesprochen. Die politische und geistige Lage des Nachkriegs-Europa und die Tendenzen zu einem hegemonialen Föderalismus erinnern infolgedessen tatsächlich in vielen, oft bemerkten Parallelen an die Lage des *Deutschen Bundes* von 1815. Öfters hat man gesagt, daß sich *England* – mit einem Fuße draußen stehend – zu der europäischen Einheit verhalte *wie das damalige Österreich* zum Deutschen Bund, in den dieses auch nur mit einem Teil seines Gesamtreiches eintrat. In anderen und wichtigeren Beziehungen aber ist Frankreich, mit seinem hegemonialen Machtstreben und seiner blinden Legalität des *Status quo,* für Europa heute das, was für das damalige Deutschland die habsburgische Monarchie mit ihrem Legitimitätsprinzip gewesen ist.

Solche Parallelen lassen sich leicht mißbrauchen und zu Tode hetzen, aber sie können trotzdem, richtig gehandhabt, dazu beitragen, daß die Verschleierungen der Legalitäts- und Legitimitätsideologien durchschaut werden und die politische Wirklichkeit deutlicher zutage tritt. Achtet man heute unbeirrt auf den politischen Kern der Sache, *so wird man den Rüstungscharakter der französischen Paktsysteme erkennen* und sich in ihrem juristischen Labyrinth nicht mehr verlieren. Es ist an der Zeit, sich darüber klar zu werden, *daß allgemeine Pakte und allgemeine Beistandspflichten mindestens ebensoviele Kriegsmöglichkeiten schaffen wie sie etwa verhindern.* In der Armatur eines solchen innerlich friedlosen, allgemeinen Paktsystems würde der heutige Zustand Europas eher verschlimmert als geheilt. Denn es handelt sich heute nicht mehr um eine pseudojuristische Legalität, sondern um Recht und *Gerechtigkeit,* nicht um Pazifismus, sondern um den *Frieden.*

35. Über die innere Logik der Allgemeinpakte auf gegenseitigen Beistand

Völkerbund und Völkerrecht, 2. Jg., H. 2, 1935, S. 92–98

I.

Beginnend mit den Arbeiten der im Februar 1921 eingerichteten Genfer „Commission temporaire mixte“, insbesondere seit den Plänen und Entwürfen, die sich mit den Namen Lord Robert Cecil und Oberst Requin verbinden, läßt sich, über das Genfer Protokoll zur friedlichen Beilegung von Staatenstreitigkeiten vom 2.10.1924 bis zu den Ostpaktplänen der letzten Zeit, eine fortlaufende Reihe bestimmtgearteter Paktversuche feststellen, die der VB-Satzung, namentlich deren Art. 10 und 16, größere Effektivität geben sollen und deren typisches Kennzeichen eine allgemeine Verpflichtung zu gegenseitigem Beistand (assistance mutuelle) ist.

Es handelt sich dabei um eine Methode der Friedenssicherung, die sich im Gegensatz zu einer mehr „politischen“ Methode, als besonders „juristisch“ und für eine bestimmte Auffassung von Recht und Gerechtigkeit, infolgedessen auch besonders „rechtlich“ und daher friedlich ausnimmt. Deshalb ist es nützlich, sich einmal auf die innere juristische Logik derartiger Pakte zu besinnen und sie nach ihrem typischen Inhalt zu durchdenken, unabhängig davon, welche aktuelle Bedeutung ihnen im Augenblick gerade zukommt.

Alle Bündnisse alten Stils, mögen sie aggressiv oder defensiv gewesen sein, waren natürlich ebenfalls Verträge auf gegenseitigen Beistand. Aber die Allgemein- oder Generalpakte auf gegenseitigen Beistand sollen gerade keine Bündnisse sein, weil man sonst wieder in die perhorreszierte Methode der Politik zurückfiele, die 1914 zum Weltkrieg geführt hat. Worin liegt also die Verschiedenheit und aufgrund welcher spezifischen Merkmale darf man behaupten, daß derartige Beistandspakte wirklich keine Bündnisse sind? Aufgrund des „allgemeinen“ Charakters solcher Pakte. Bei einem Allgemein- oder Generalpakt auf gegenseitigen Beistand versprechen sich viele verschiedenartige, benachbarte und entfernte, starke und schwache Staaten gegenseitig Beistand und Hilfe, ohne daß ein in sich geschlossener Kreis von Staaten gebildet wird und ohne daß ein bestimmter präsumtiver Feind ins Auge gefaßt oder gar genannt wäre. Nur diese beiden Momente, Offenheit, d. h. eine größere, nicht geschlossene Zahl verschiedenartiger Vertragspartner und das Fehlen eines bestimmten mutmaßlichen Gegners, gegen den der Beistand

geleistet werden soll, begründen den „allgemeinen" Charakter dieser Beistandsverträge. Das verlangt der auf die Vermeidung eines Bündnisses gerichtete Typus solcher Pakte. Daraus ergeben sich nun die Widersprüche und Antinomien, die den Gedanken solcher Generalbeistandspakte in sich selbst zerstören.

II.

Wenn der Allgemeinpakt wirklich gegenseitig sein soll, muß vor allen Dingen auch der Beistand, den die Vertragspartner sich versprochen haben, in einem echten und vollen Sinne gegenseitig und reziprok sein. Eine solche Art echter Gegenseitigkeit und Reziprozität können sich aber nur solche Staaten gegenseitig versprechen und leisten, deren Gewicht und Stärke nicht allzu verschieden ist. Der Beistand, den eine Weltmacht einem kleinen und schwachen Lande leistet, ist nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ etwas anderes als die umgekehrte „Unterstützung", den ein kleiner, vom Schauplatz der Aktion entfernter Randstaat einem Imperium leisten kann. Das Wort „Beistand" oder „Unterstützung" zu einem Allgemeinbegriff zu machen, und „Beistand gleich Beistand" zu setzen, ähnlich wie man während der Inflation „Mark gleich Mark" erklärte, ist allerdings typisch für einen abstrakten Normativismus und dessen Allgemeinbegriff; es ist aber weder praktisch noch theoretisch, weder politisch noch juristisch sinnvoll. Die Gegenseitigkeit hört auf, sowohl wenn der Schwache zugunsten des Starken belastet wird, wie umgekehrt auch dann, wenn der Schwache das Recht bekommen soll, die stärkere Macht in den Dienst seiner Politik zu stellen. Eine schwere Belastung des Schwachen kann vor allem darin liegen, daß der Starke einseitig von sich aus über die Voraussetzungen und den Inhalt der Beistandspflicht entscheidet, weil dann der Starke seinen Schutz oder Beistand oktroyieren und den Schwächeren seinem Schutz und damit seiner Schutzherrschaft unterwerfen kann. Aus einem Kollektivpakt zu gegenseitigem Beistand wird bei allzu großer Verschiedenheit des politischen Gewichts der Vertragsstaaten ein Protektoratsvertrag auf Schutz und Gehorsam. Der „allgemeine", alle verschiedenartigen Vertragspartner gleichmäßig umfassende Pakt zerfällt dann in zwei Teile: den Vertrag der Stärkeren untereinander, der auf echter Gegenseitigkeit beruhen kann, und den Vertrag der Starken mit den Schwächeren, der kein „Gegenseitigkeits"-, sondern ein Schutz- und Unterwerfungsvertrag ist.

Das ist unvermeidlich und keineswegs immer ungerecht, aber es hebt den Grundgedanken der Generalpakte auf gegenseitigen Beistand unweigerlich auf. Deshalb bestätigen auch alle geschichtlichen Erfahrungen, daß bei größeren Gesamtaktionen ein lebhafter, schließlich sogar zu neuem Krieg oder Gewalttaten führender Streit darüber entsteht, wie die Leistung der verschie-

denen Staaten zu bewerten ist. Man braucht sich nur die Möglichkeit des „Sonderfriedens“ deutlich zu machen, um diese Problematik zu erkennen. Es kommt hinzu, daß die Einwirkung einer jeden Beistandsleistung auf die politische Gesamtlage diese fortwährend verändert. Würde eine Macht wie Frankreich und England mit voller militärischer Hilfe, zu Lande, zu Wasser und in der Luft, einem Staat wie Estland gegen einen wirklichen oder angeblichen Angriff der Sowjet-Union beistehen, so wäre es kindisch, zu verlangen, daß das angegriffene Estland nun im „juristischen“ Sinne als der „Geschäftsherr“ einer solchen politischen und militärischen Gesamtaktion zu betrachten sei und als solcher bestimmen dürfe, unter welchen Bedingungen er sich mit dem Angreifer einigt und die englische und französische Armee nach Hause schickt, weil er sich nicht mehr angegriffen oder bedroht fühlt. Es ist gar nicht möglich, den schwachen Staat einseitig von sich aus über Voraussetzungen, Inhalt und politisches Gewicht der Beistandsleistung entscheiden zu lassen. Es widerspricht aber ebenso dem Sinn eines „allgemeinen“, auf Gleichheit und Gegenseitigkeit beruhenden, von einem Bündnis oder Protektorat verschiedenen Beistandsvertrages, die Starken allein entscheiden zu lassen. Das ist die erste auffälligste Antinomie, an der der Gedanke allgemeiner gegenseitiger Beistandsverträge scheitert.

III.

Die Frage: Wer entscheidet? das ewige und leidige: Quis judicabit? bleibt der Prüfstein aller solcher Verträge. Auch vor dieser Frage führt das System der Allgemeinpakte zu inneren Widersprüchen, an denen es scheitert, weil es ihm nicht gelingt, gegenüber einem gewöhnlichen Bündnissystem seinen spezifischen Sinn zu bewahren.

Man kann versuchen, die Frage: Wer entscheidet? zu umgehen und den Kopf in den Sand eines reinen Normativismus zu stecken, indem man eine „automatische“ Bestimmung anstrebt, d.h. eine Art Selbstanwendung einer vorher getroffenen Normierung. Das ist der Sinn aller Bemühungen um eine tatbestandsmäßige Umschreibung und „Definition“ des Angriffs und des Angreifers. Ihre primitivsten Beispiele lauten etwa: Angreifer ist, wer den Krieg erklärt; Angreifer ist, wer die Grenzen überschreitet usw.; ihren Höhepunkt stellen die bekannten, von Politis formulierten Definitionen dar, die von der Sowjet-Union 1933 so eifrig aufgegriffen wurden.

Eine solche Methode entspricht der Logik eines folgerichtigen, normativistischen Denkens: nicht konkrete Menschen oder Mächte sollen die entscheidende Frage beantworten, sondern eine vorher getroffene generelle unpersönliche Norm soll sich selbst anwenden. Im Strafrecht des letzten Jahrhunderts hat eine ähnliche Denkweise ihre vollkommenste Durchbildung erfahren.

Daher führt diese Methode dazu, das Völkerrecht, oder wenigstens das „Kriegsverhütungsrecht“ in eine Art Strafrecht zu verwandeln. Und wie für diese Art Strafrecht der Satz: nullum crimen sine lege logisch zwingend ist, so würde für jenes Kriegsverhütungsrecht der automatischen Definitionen der Satz: nulla aggressio sine lege ebenso folgerichtig sein. Angreifer wäre also nur, wer den Tatbestand des Angriffs erfüllt und Angreifer wäre nicht, wem es gelingt, die genau umschriebenen Tatbestände des Angriffs zu umgehen. Die „kalte“ Abdrosselung eines schwachen Staates durch einen starken wäre kein „Angriff“, während die Zuckungen des getretenen Wurmes sehr leicht die Automatik der Angriffsdefinitionen, eine ganze Beistandslawine in Bewegung setzten. Ebenso wie jenes normativistische Strafrechtsdenken das Strafgesetzbuch zu einer „Magna Charta“ des Verbrechers machen muß, verwandeln solche Angriffsdefinitionen das Völkerrecht in eine Magna Charta der böswilligen und raffinierten Staaten. Diese Art juristischen Denkens muß im Völkerrecht eben dorthin führen, wohin sie auch im Strafrecht geführt hat, nämlich zu einer Auseinanderreißung des konkreten Vorgangs in die getrennten Subsumptionen unter die getrennten Begriffe von Schuld, Rechtswidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit. Gerade das ist aber im Völkerrecht nicht möglich. Man kann hier nicht Schuld, Rechtswidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit als drei selbständige „Elemente“ unterscheiden. Selbst für einen scheinbar so einfachen Tatbestand wie „Überschreitung der Grenze“ wird man stets einen Vorbehalt zugunsten einer rechtmäßigen Überschreitung der Grenze machen und damit steckt man bereits tief in der allgemeinen Problematik des Völkerrechts.

Versagt also diese automatische Methode, so bleibt nur übrig, entweder jeden einzelnen Staat für sich entscheiden zu lassen, oder aber die Entscheidung der Gesamtheit der Verpflichteten in irgendeiner Weise zu übertragen. Wenn nun jeder Einzelne für sich selbst entscheidet, wann, wie und was er zu leisten hat, so gibt es natürlich nur ein Recht, aber keine Pflicht zum gegenseitigen Beistand. Dann sucht sich jeder Staat die Kriege oder Sanktionen aus, die er vornimmt oder an denen er sich beteiligt. Besteht aber eine Pflicht zum Beistand, so muß Jeder von Jedem die Erfüllung dieser Pflicht verlangen können und die Verweigerung der Beistandsleistung ist dann eine Vertragsverletzung, die einer Sanktion bedarf. Diese Möglichkeit der Verletzung der Sanktionspflicht führt in das unlösbare Problem der „Sanktion der Sanktion“, über das die interessante Abhandlung von J. M. Spaight, „Pseudo-Security“, besonders treffende Bemerkungen enthält.

Soll aber eine Kollektiventscheidung über Voraussetzung und Inhalt der Leistung getroffen werden, die eine echte Gesamtentscheidung, also nicht nur ein „Einvernehmen“ oder eine „Konsultation“ ist, so erhebt sich die Frage, ob ein einstimmiger Beschluß aller Vertragspartner erforderlich ist, oder ob die Beteiligten irgendwie einem einstimmigen Beschluß der Nichtbe-

teiligten, oder ob sie endlich gar einem Mehrheitsbeschluß der mehr Beteiligten unterworfen werden sollen. Was das Erfordernis der Zustimmung aller Vertragspartner unter Einschluß der beteiligten Staaten, d.h. der Angreifer und Angegriffenen bedeutet, braucht nicht näher ausgeführt zu werden; das hieße einfach einen neuen Vertrag für notwendig erklären und damit den bisherigen Vertrag zur bloßen Vorbereitung des neuen Vertrages juristisch zu degradieren, wenn nicht zu annullieren. In dem anderen Falle aber, wenn die Beteiligten überstimmt werden können, entsteht der innere Widerspruch, daß über die Frage, ob jemand angegriffen ist und sein Recht der Selbstverteidigung ausüben darf, ein anderer als der Angegriffene und der Inhaber des Selbstverteidigungsrechtes entscheidet; das wäre mit anderen Worten die juristische Beseitigung des Selbstverteidigungsrechts – eine ganz untragbare, aber in diesem Falle wiederum logisch unvermeidliche Konsequenz derartiger allgemeiner Beistandspakte.

IV.

Der tiefste und tödlichste Selbstwiderspruch dieses Paktsystems enthüllt sich schließlich dann, wenn man die Frage nach dem mutmaßlichen Gegner stellt. Irgend ein Gegner ist natürlich immer vorausgesetzt, sonst brauchte man sich keinen gegenseitigen Beistand zu versprechen; der Beistand soll doch nicht gegen Naturgewalten, sondern gegen einen „Angreifer“ geleistet werden. Steht der Angreifer außerhalb des gemeinsamen Paktsystems, so ist dieses von irgend einem Bündnissystem auf keine Weise zu unterscheiden. Rechnet man aber mit der Möglichkeit, daß es auch innerhalb der vertragsschließenden Gemeinschaft zu Angriffen und der zur Abwehr solcher Angriffe notwendigen gegenseitigen Beistandsleistung kommen kann, so bedeutet ein derartiger Vertrag nichts anderes, als daß jeder Vertragsstaat davon ausgehen und damit rechnen muß, daß jeder andere Vertragsstaat sowohl sein potentieller Angreifer und Feind, wie auch sein potentieller Bundesgenosse ist. Und er muß nicht nur mit dieser allgemeinen Möglichkeit rechnen, sondern sich auf diesen Fall, wenn er vertragsmäßig korrekt handeln will, auch vorbereiten. Hier wird die Absurdität derartiger Allgemeinverträge handgreiflich. Ein sinnvolles Zusammenleben der Völker ist auf einer solchen Grundlage überhaupt nicht denkbar.

V.

Die Antinomien dieses Paktsystems sind unbestreitbar, und es handelt sich bei ihnen nicht um abstrakte logische Spielereien, sondern um die konkrete Auswirkung eines in sich widerspruchsvollen Vertragsinhalts. Gerade diese Methode der Friedenssicherung, die sich so viel auf ihren juristischen Cha-

rakter zugute tut, ist nicht imstande, die juristischen Widersprüche, zu denen sie führt, aus sich selbst heraus zu überwinden. Die Antinomien könnten nur in einem echten Bunde überbrückt werden, der auf Homogenität, aus dieser Homogenität ihren Sinn entnehmenden Garantien und einem substanzhaften, nicht nur legalistisch-formalistischen Rechtsbegriff begründet wäre. Ein Bund ist kein Normensystem, sondern eine konkrete Gemeinschaft konkreter Staaten. Diesen Problemen des Bundes ist die bisher übliche Völkerrechtslehre aus dem Wege gegangen. Aber die konkrete Lage Europas zwingt zu einer Besinnung nicht nur auf die Zweckmäßigkeit, sondern auch auf die juristische Richtigkeit der bisherigen Denkweise. Schließlich enden alle Allgemeinpakte auf gegenseitigen Beistand in einer Sackgasse eines einfachen Dilemmas: Entweder Bund oder Bündnis. Kein menschlicher Scharfsinn, keine normativistische Verschleierung vermag diesen toten Punkt, den die innere Logik der Generalpakte fortwährend herbeiführt, praktisch oder auch nur theoretisch zu überwinden; keine noch so „allgemeine“ Umschreibung kann diesen Kernpunkt umgehen, ohne den Vertrag selbst juristisch inhaltlos zu machen. Der Ausweg liegt nicht in neuen, noch komplizierteren oder noch allgemeineren Normierungen und Begriffen, sondern in der Besinnung auf die konkrete Ordnung und die Gemeinschaft bildenden Kräfte der europäischen Völker und Nationen.

36. Legal opinion concerning the Constitutional Character of the Law to relieve the Distress of People and State, passed by the Popular Assembly and Senate of the Free City of Danzig in the Form of an Ordinary Law and promulgated as such on June 24th, 1933 (Gesetzblatt für die Freie Stadt Danzig, 1933, page 273)

Official Journal League of Nations, June 1935, S. 775–785

Berlin, January 3rd, 1935.

The constitutional character of the Law of June 24th, 1933, is attested by the following considerations:

I.

The Law of June 24th, 1933, is an enabling act. It was not passed and promulgated as a law amending the Constitution, but as an ordinary law. At the same time, a statement is appended to the text of the Law at the end, to the effect that more than two-thirds of the deputies have assented to the Law, more than two-thirds of the "legal number" of deputies being present. The two-thirds majority laid down in Article 49, paragraph I, of the Danzig Constitution for laws to amend the Constitution was therefore available; but for various reasons the Law was not intended to be passed as a law amending the Constitution or to rank as such.

This statement on the part of the legislature at the end of the Law is not of course intended to mean, and cannot mean, that infringements of the Constitution or defects in the Law (if such there be) are to be regarded as overridden or mitigated by the fact of a two-thirds majority being available. The legal effect of the statement is rather as follows:

1. The statement is an authentic declaration by the legislature of its *desire to remain within the limits of the Danzig Constitution.* The Danzig Enabling Act of June 24th, 1933, is thereby avowedly differentiated from the Reich Law to relieve the Distress of People and State, of March 24th, 1933 *(Reichsgesetzblatt,* I, page 141), which is, and is intended to be, a law to amend the Constitution, and is described as such in the formula of promulgation. This Reich Law has indeed frequently been treated and described as an

enabling act; but it is not an enabling act in the proper sense in which the term is used in constitutional law. Its object is to prepare the way for a fundamental reorganisation of the Reich and of the Constitution, and accordingly it is today no longer, as a rule, described in Germany as an enabling act, but rather as a form of provisional constitution or some similar expression.[1]

The Danzig Law of June 24th, 1933, on the other hand, is a genuine enabling act, keeping within the limits of a given constitution and not arming at its amendment or transformation. The statement at the close of the Law is an affirmation beyond all question of the desire – in spite of the fact that a majority adequate to pass an amendment of the Constitution was available – to remain on the footing and within the limits of the Constitution.

2. The statement further constitutes an authentic expression of the *legal conviction of the legislative body that it was remaining within the limits of the existing Danzig Constitution.* The constitutional character of enabling acts is a question which raises a number of disputed points. The Danzig Constitution is silent on the subject of enabling acts; and the fact that this is so is liable to give rise to doubts and differences of opinion in more directions than one. It is one of the constitutional duties of the legislature in the exercise of its legislative functions carefully to examine such questions, and to come to a decision on the basis of its legal conviction. By the statement at the end of the Law, the legislature affirms its considered legal standpoint, and does so with all the authority which belongs to it as the representative of the people's will. In view of the considerable latitude left to it in this matter as regards both the decision of questions of legal interpretation and the appreciation and determination of the circumstances rendering an enabling act necessary, a very special importance attaches to such a statement. The legislature, in making such a statement, claims for itself the full benefit of the general assumption (to which any State authority is entitled to lay claim) that it is acting within the law and expects and is entitled to expect that its legal conviction will command the respect attaching to the highest instance of the State and to the representative of the popular will. It should be self-evident that the legal standpoint of the legislature is entitled to claim at least as much authority as any of the many theories and opinions which have so powerfully influenced and confused the problem of the delegation of legal powers.

---

[1] Cf. *Carl Schmitt*: *Deutsche Juristen-Zeitung,* 1933, page 455; *Deutscher Juristentag, 1933,* page 243; *Koellreutter: Deutsche Juristen-Zeitung,* page 518; *H. Krüger*, "Die Verfassung der national-sozialistischen Revolution", second edition, Dresden, 1933, pages 7 *et seq.*

II.

The provisions and principles embodied in the Danzig Constitution are based in the main on the Weimar Constitution of the Reich of August 11th, 1919. In the Danzig Constitution, as in the Weimar Constitution, there is no explicit provision with regard to "enabling" action by the legislature or legislation by ordinance *(Rechtsverordnungen)* in general, though in Article 39 (a) it is laid down that the Senate shall "issue all regulations necessary to ensure" the "execution" of the laws. In this matter, the Weimar Constitution is in accord with the Reich Constitution of April 16th, 1871, which also contains no explicit reference to the legal position in respect of legislation by ordinance. The leading commentary on the Weimar Constitution, that of *G. Anschütz* (fourteenth edition, Vol. I, 1932, page 360), says in answer to the question what matters can constitutionally be dealt with by law and what by ordinance, that, under the Weimar Constitution,

"in this matter the principles of previous law remain unchanged and uncontested."

Similarly, *Richard Thoma*, in his "Handbuch des Deutschen Staatsrechts", the principal systematic study of the Weimar Constitution, goes back to the standpoints and principles of pre-war law in respect of all essential conceptions (Vol. II, page 221). These standpoints and principles are accordingly of importance for the interpretation of the Danzig Constitution, notwithstanding the newer doctrine which has been in the field since 1921.

1. The doctrine and practice of the "previous law" of which Anschütz speaks are based on a sharp distinction between the *formal basis of law,* provided by an enabling act, and the *material legal provisions,* the substance of which is determined by the authority entrusted with the powers which the enabling act confers. The authority so "enabled" does not thereby become the legislative factor in the community but remains an element of the executive factor, an auxiliary organ of the legislative factor's volition, even though it may have wide latitude in determining the substance of that volition. There is therefore no transfer of legislative powers, no "delegation" in the proper sense of the word.

This is the standpoint of the great majority of constitutional lawyers of the highest standing (*Laband, Jellinek*, *Meyer-Anschütz, Seydel* and others). *Rönne's* view that no delegation of powers is permissible – a view which rests on the assumption of an antithesis between the parliamentary and the administrative factors, a conception dating back to the earliest period of constitutional monarchy – is described by *Meyer-Anschütz* (*Lehrbuch,* page 672, note 7) as "entirely unfounded". *Laband*, the leading constitutional lawyer of that period, writes in his "Staatsrecht des Deutschen Reiches" (fifth edition, Vol. II, 1911, pages 96 and 107):

> "There is no restriction imposed on the legislature to debar it from making dispositions as to the establishment of rules of law. Article 5 ('The legislative function of the Reich shall be exercised by the Bundesrat and the Reichstag') is merely a provision as to the form in which the legislative function is to be exercised. It is not a provision as to what the substance of a Reich law must or must not contain. A law therefore (instead of directly establishing rules of law) may make dispositions as to the manner in which particular rules of law are to be established. That is not a violation or suspension of the provision in Article 5, but merely a special application of it.
>
> The field of legal relations to be regulated by ordinance may be a very wide one. A law might conceivably contain nothing more than a provision that the legal form proper to a particular subject-matter is that of the ordinance."

The expression "particular subject-matter" has nothing to do with the writer's subsequent insistence on "*specific* subject-matter". The intention is merely to point out that an enabling act of the legislature must, in the natural course, indicate in one way or another to what subjects it refers. There are two reservations, and two reservations only, in constitutional law to the freedom of the legislature to take "enabling" action with a view to legislation by ordinance. The first is the stipulation that ordinances, the substance of which is directed towards the creation of law in amendment of the Constitution, should take the form of *laws to amend the Constitution.* The second is the stipulation for a *formal law* in cases where a reservation to that effect in the Constitution is regarded as indicated and essential – *e. g.,* (according to the views which in those days prevailed) the reservation with regard to the introduction of a law for the passing of the annual budget.

The practice was in accordance with the doctrine. On the outbreak of the war, an enabling act gave the Bundesrat far-reaching powers without any enumeration of particular subject-matters. The Reich Law of August 4th, 1914, enabling the Bundesrat to enact economic measures *(Reichsgesetzblatt,* page 327) says (§ 3):

> "The Bundesrat is hereby empowered for the period of the war to enact such legislative measures *as may be found necessary for the mitigation of economic loss or damage.* Such measures must be brought to the notice of the Reichstag at its next meeting and must, if the Reichstag so requires, be suspended."

Innumerable ordinances were issued in virtue of these powers; and the constitutional admissibility of such "enabling" action was never questioned. Apart altogether from the fact that the majority required for a law to amend the Constitution (Article 78 of the Reich, Constitution of January 18th, 1871) was available in the Bundesrat, and apart from the fact that, at that time, the practice of passing "unrecognisable" amendments to the Constitution prevailed, the admissibility of "enabling" the exercise of such far-reaching – in

substance, practically unlimited – powers was never at the time regarded in Germany as raising any constitutional problem.

2. Since the war, this practice in the matter of legislation by ordinance has been extended under the pressure of political and economic difficulties ("fulfilment" of the Versailles Treaty demobilisation, revolution, reparations, inflation and deflation). TheWeimar National Assembly not only gave the Reich Government full powers for the execution of the Peace Treaty (Law of August 30th, 1919, *Reichsgesetzblatt,* page 1530), but also enacted a law to provide a "Simplified Form of Legislation for the Purpose of the Transitional Regime" (Law of April 17th, 1919, *Reichsgesetzblatt,* page 394), under which the Reich Government was empowered, with the assent of certain Committees, "to enact such legal measures as may be found urgently necessary for the regulation of the transition from war to peace conditions". A number of other enabling acts followed, the two most important of which – viz., the Reich Laws of October 13th, 1923 *(Reichsgesetzblatt,* page 943), and December 13th, 1923 *(Reichsgesetzblatt,* page 1179), were enacted as laws "unrecognisably" amending the Constitution (see below under 2 (c)).

The expression "simplified legislation" used by the legislature of the Reich and the phrase "legal measures" were erroneously interpreted as though the enabling acts in question were something different in kind from the established form of "executory" and "complementary" ordinances. The two expressions were taken to imply that the Government entrusted with powers under an enabling act thereby replaced the legislature as the legislative factor, though without constitutional competence for the purpose, in virtue only of the enabling act. That of course meant an encroachment on the legislative competence of the Reichstag. It was, however, impossible if only on practical grounds, to negative outright the admissibility of "enabling" legislation; and such occasional attempts as were made to treat specific enabling acts as amendments of the Constitution were without significance.

At the same time, there were objections both on theoretical and on political grounds to the extension of such "enabling" legislation indefinitely, since it was felt to be impossible to forecast the limits to which the process might go. At the beginning of 1921, a motion had already been made to amend the Constitution by the incorporation of an explicit provision allowing a simplified legislative procedure in addition to the ordinary procedure (Motion by Deputy Schiffer, No. 1381/2, of January 27th, 1921). At the thirty-second Congress of Jurists at Bamberg in September 1921, the Rapporteur, Professor H. Triepel, urged limitation of the far-reaching "enabling" procedure and strict enforcement of the legal provisions with regard to judicial scrutiny of legislation, and he had the Congress with him when he argued that, where powers to legislate by ordinance are conferred by an ordinary Reich law they

should be conferred only "in pursuance of specific objects" and with a view to "specific circumstances" only. The commentary of *von Poetzsch-Heffter* (third edition, page 300, see also *Jahrbuch des öffentlichen Rechts,* XIII, 1925, page 206 and pages 227 et seq.) declared that any "simplified legislation" was an unconstitutional encroachment on the legislative authority of the Reichstag. This writer distinguished legislation by "simplified" procedure from legislation by ordinance, which he regarded as merely "executory or complementary provisions in respect of a situation already regulated by law". The distinction between "dependent" and "independent" ordinances was reproduced in a number of works *(e. g.,* by *Gustav Walz* in his "Staatsrecht in der systematischen Darstellung des gesamten deutschen Rechts, 1932, page 392). On the other hand, the leading commentary, that of *Anschütz*, to which reference has already been made, adhered to the doctrine of the previous law. *Giese's* commentary also (eighth edition, 1931, page 195) would have nothing to do with the distinction between "simplified legislation" and "legislation by ordinance", and admitted the possibility of the conveyance of powers by an ordinary law even for "far-reaching" purposes of legislation by ordinance, provided the "extent of the measures is clearly defined".

The restrictive theory of "enabling" legislation, which was prominent in Germany from 1921 onwards, had a marked effect both on the attitude of the Reich Government in regard to the legal position in the matter and on the practice of the Danzig legislature in respect of this form of legislation. The effect in the Reich as regards ordinances was to put a premium on the practice of resort to the President's dictatorial powers under Article 48, paragraph 2, at the expense of the system of "enabling" legislation by Parliament. In Danzig, where in contra-distinction to the Reich the practice of "enabling" legislation firmly established itself, the effect of the new doctrine was to intensify the care taken by the legislature to define as meticulously as possible the subject-matter of the numerous "enabling" measures which it enacted, while observing as sedulously as possible the principle that such legislation must be for specific purposes in each case.

It is not proposed in this opinion either to criticise or to refute these theories of "enabling" legislation, but it is important to observe that the new doctrine originated under the influence of the constitutional position as it was in Germany in the period 1919–1924. The standpoints of *Triepel* and *von Poetzsch-Heffter* are conditioned by this circumstance, and cannot in any sense be treated as absolute or universal statements of the position. It is characteristic of their theory that they see only the need for delimitation, and ignore entirely the practical political necessity of "enabling" legislation under modern conditions. *Per se,* it is unquestionably reasonable, and indeed self-evident, that "enabling" legislation should not be unlimited. But to say this is not to admit that only narrowly defined – and *pro tanto* impracticable –

"enabling" legislation is consistent with a parliamentary democratic constitution. The aim of legal theory should be, not to be continually playing off the one consideration against the other – practical necessities against the need for delimitation, or *vice versa* – but to seek for a practicable working standpoint in regard to delimitation which, where the Constitution gives no lead in the matter, is capable of yielding a solution in general accordance with its spirit. The new theory is concerned to delimit by insisting on "specific circumstances", "specific subject-matter", a "specific object" and so on. It makes the delimitation apply in short, solely to the *substance.* In so doing, it fails to give sufficient weight to the consideration that all such material delimitations are bound to prove obscure both in theory and in practice. The former doctrine has the advantage of not confounding formal and material considerations. From the standpoint also of practical politics, it is better to deal with the problem of delimitation by upholding the difference in kind between the "enabling" legislature and the "enabled" government, while at the same time ensuring the subordination of the "enable" to the "enabler" by securing to the representatives of the people an effective control, more particularly in the form of the right to require the suspension of ordinances issued.

All attempts to delimit the substance of "enabling" legislation by insisting on the specification of the particular subject-matter or particular objects are subject to grave theoretical and practical objections.

(a) The distinction on the one hand between executive and complementary ordinances in which the legislature itself determines the substance of the legislative matter, and on the other hand a simplified legislative procedure in which the legislature leaves the legislative matter to be determined by another authority is not a genuine distinction, if only because of the way in which it is cut across by that intermediate and ill-defined instrument, the complementary ordinance. If it is in principle inadmissible to leave another authority to determine the substance of the legislative matter – whether on the abstract ground of the division of powers, or because the powers under the Constitution are in principle "non-transferable" – it is equally inadmissible, when the legislature conferring the powers restricts them so as to apply only to a particular subject-matter or to particular circumstances. If, on the other hand, as the previous doctrine maintains, it *is* in principle admissible to leave to another authority – viz., the Government – the determining of the substance of the legislative matter (the formal legal basis of which the legislature itself creates), then it rests with the legislature to decide the *extent* to which it is prepared to do this. In so far as the legislature itself determines the substance of the legislative matter, there is no occasion for "enabling" legislation. In so far as it does not itself do so, "enabling" legislation may be admissible or inadmissible, without regard to whether the substance of the legislative matter, the determining of which is left open, is extensive or the re-

verse: but it cannot be at the same time admissible in respect of 50 or 25 per cent of the legislative matter left for the "enabled" authority to determine, and inadmissible for the rest.

(b) Delimination by means of stipulations for the specification of subject-matter, circumstances or object is only in appearance definite. In reality, it is both indefinite and conditional in the extreme. Such expressions as "subject-matter", "circumstances", "object" and the like are always conditional on the situation at the time. All subject-matter and all circumstances interlock and interact on one another. Where the legislature has not itself delimited the subject-matter by an exact definition in legal terms, the difficulties and vicissitudes of the situation will always be sufficient to keep the door open to theoretical arguments as to the scope of the powers conferred, the extent of the "specific" subject-matter and so on. The whole Civil Law for example, is a specific subject-matter in the general field of Constitutional Law, the law of legal process, administrative law, etc., just as the law of real property is a specific subject-matter in the field of civil law, and the law of mortgages is a specific subject-matter in the field of the law of real property and so on. "Subject-matter" is often created only by the stipulation of a specific object or by the reference to specific conditions. "Reform", "adjustment", "assimilation", "relief of an urgent Situation" – all these expressions may be "subject-matter", "circumstances", "objects" or what not, according to the situation at the time. That the legislature conferring the "enabling" powers should specify in so doing a particular subject-matter, object, etc., is intelligible, since otherwise its grant of powers would be either meaningless or tantamount to an avowed renunciation of its legislative functions. But the insistence on specific subject-matter, circumstances and the rest will be found on examination to carry with it nothing in the way of specific delimitation. It is only a meaningless circumlocution and a recapitulation of the demand for delimitation.

(c) The real significance of the demand for specification of the subject-matter of "enabling" legislation is as a practical compromise between the two unpractical extremes of inadmissibility on principle of any "enabling" legislation and unlimited suspension of the constitutional system. The question of what is meant by a specific subject matter can be interpreted only on a practical basis. The answer depends on the situation at the time. It is sufficient recognition of the demand for specification, if subject-matter, object, tendency or purpose is particularised, or if there is some indication or definition of the actual situation, the regularisation or amelioration of which is desired. The fact that all questions of the admissible scope of "enabling" legislation are conditioned solely by practical requirements is shown by the action of the Supreme Court of the Reich in deciding, not on any special grounds of Constitutional Law, but in interpretation of the practical object of an enabling act, that the Reich Government in possession of powers conferred by an enabling

act is entitled to *delegate* those powers to the Minister competent for their exercise. The statement of reasons given by the Court for its decision ("Entscheidungen in Zivilsachen" Vol. 107 page 318) is as follows:

> "The Government of the Reich as such was not in a position itself to take the urgent and comprehensive measures to relieve the extreme distress of the Reich in every legal respect. It was not in a position to give effect to the enabling act in the sense desired by the Reichstag, without at the least empowering the individual Ministers to issue executory regulations."

The fact that the two enabling acts of October 13th and December 8th, 1923, were passed as laws amending the Constitution – the former of these acts contains an explicit provision giving powers to diverge from the letter of the Constitution – is not in itself conclusive proof that the Reich Government or the Reich legislature necessarily regarded "enabling" legislation on this scale as involving amendment to the Constitution. It was already an established practice at that time to throw legislation (whenever the necessary majority was available) into the form of laws to amend the Constitution, so as to be on the safe side and to cut the ground from under the feet of the continually increasing number of those who disputed the constitutional character of almost all contentious legislation. The decision in such cases to legislate in the form of laws to amend the Constitution did not therefore necessarily imply assent to the representation of the laws in question as unconstitutional. On the contrary the question of their constitutional character was left open. The admissibility of legislating in this form merely as a means of removing doubts has been contested (cf., *E. Jacobi,* on the amendment of the Reich Constitution in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", 1929, Vol. I, page 262), but in view of the numerous doubts that existed, it proved impossible to forego this easy way out of the difficulty.

(d) On the other hand, the powers conferred upon the Emergency Act of February 24th, 1923 *(Reichsgesetzblatt,* page 147), are sufficient evidence of the view then taken as to the legal position by the responsible elements in the Reich – that is to say, the Reichstag, the Reichsrat, the Reich Government and the Reich President. This Emergency Act was passed as an ordinary Reich law. It represented an attempt to take into account all the objections put forward by the exponents of the new doctrine. The Reich Government and the Reichsrat came to an agreement as to the forms of this enabling act, in order to avoid the alternative of a law in amendment of the Constitution. The Emergency Act is the best exemplification of what, on the basis of the most meticulous and scrupulous regard for the new doctrine, was regarded as an adequate specification of a particular subject-matter. Article VI, paragraph 3, of this Emergency Act *(Reichsgesetzblatt,* 1923, page 150) is couched in the following terms:

"The Reich Government is further empowered, with the approval of the Reichsrat, in order the better to combat the evils concerned, to issue new ordinances in co-ordination of existing ordinances against profiteering, smuggling, prohibited export and import and illicit trade, as also in the matter of maximum prices, price control, compulsory disclosure of business information, the display of prices and other restrictions on trade and industry. In so doing, the Reich Government is empowered to amend existing regulations in so far as may be necessary in order to reduce the same to uniformity, or to render them more explicit, or to adapt them to changed economic conditions, or to admit of more effective action against profiteering or other economic excrescences, and in particular to make third parties liable for the recoverable amount of excess profits. The Reich Government is further empowered to revise the regulations concerning the impounding, of objects by autonomous procedure, the realisation of objects pledged as security or seized, the allowances to be made for errors in criminal proceedings, the expropriation of articles of daily use, the closing down of business establishments and the seizure of goods, and furthermore to issue regulations concerning the supervision and control of the sale by auction of necessaries of life, or to forbid such sales altogether."

3. The practice in regard to enabling acts in Danzig conformed to the legal doctrine which became prominent – but was never accepted as in any case complete or exhaustive – in the Reich in the period 1921–1924. But whereas in the Reich the practice of legislation by ordinance by the Reich Government in virtue of parliamentary authority was superseded by the issue of emergency ordinances issued by the Reich President in virtue of his "dictatonal" powers, in Danzig, the practice of "enabling" legislation by Parliament established itself firmly, and found expression in the three enabling acts of the year 1931 under date of January 28th, 1931 (*Gesetzblatt,* page 7), June 30th, 1931 (*Gesetzblatt,* page 605), and September 1st, 1931 (*Gesetzblatt,* page 719), respectively. The Senate had already been empowered under Article 9 of the Law of November 20th, 1923 (*Gesetzblatt,* page 1081), to adjust existing laws and ordinances to a stable accounting unit; and the temporary Supreme Administrative Court had recognised the constitutional character of this provision by decision of July 28th, 1924. At this point, the Enabling Act of November 29th, 1929 (*Gesetzblatt,* page 317), was passed, with which a readily intelligible practice in the matter of ordinary "enabling" laws begins. The Acts of 1931 to which reference has been made, establishing and confirming this practice, were amended in detail but extended in their main lines by the Enabling Act of June 28th, 1932 (*Gesetzblatt,* page 403). The Enabling Act of June 24th, 1933, with which we are now concerned, is entirely on the lines of the constitutional practice described. It conforms with

every constitutional postulate or indication evolved by that practice as a result of careful consideration of legal points as they arose. It is characteristic of this practice that:

(a) The powers are conferred on the Senate, which, under Article 29 of the Danzig Constitution, is dependent on the confidence of the Popular Assembly;

(b) The powers apply only to action within the framework of the Constitution;

(c) The powers are valid only for a specified period (cf., Article 3 of the Law of January 1st, 1931, Article 5 of the Law of June 28th, 1932, and Article 4 of the Law of June 24th, 1933);

(d) All these laws provide for effective control by the Popular Assembly (under Article 2 of the Law of September 1st, 1931, ordinances issued must be notified forthwith to the Popular Assembly and are liable to be suspended if, and in so far as, the Popular Assembly so requires; similar provisions – with a time-limit for the right of the Popular Assembly to require suspension – are to be found in Article 3 of the Law of June 24th, 1933);

(e) All these laws enumerate specific subject-matters in each case, and thereby conform to the principle of specification. But at the end of their specification they add a kind of general clause (Article 1, paragraph 32, of the Law of September 1st, 1931, Article 2, paragraph 9, of the Law of June 28th, 1932, Article 1, paragraph 89, of the Law of June 24th, 1933, concerning "other measures for the immediate relief of urgent distress, within the framework of the Constitution").

III.

The Enabling Act of June 24th, 1933, differs in no constitutionally important respect from the Enabling Acts of 1931. It remains from first to last on the basis of the established constitutional practice, developed over a number of years under quite different conditions of party politics.

1. True, the aggregate range of subject-matters in respect of which powers are conferred is considerably larger, as measured by the total of subject-matters listed, but that is rather a confirmation than an infraction of the principle of specification. It is no part of the principle of specification that the total of subject-matters listed must be small. If the different subject-matters specified in the article (Article VI) of the Emergency Act of February 24th, 1923, are added together, they also make up a considerable number. There can be no constitutional objection therefore to the Enabling Act of 1933 merely on the ground that the total number of subject-matters listed has increased from

thirty-two to eighty-nine. The number of subject-matters listed does not make an enabling act unconstitutional, if the powers conferred in each case comply with the conditions under which the grant of powers is admissible. If it is admissible to grant powers in respect of a list of ten or twenty subject-matters, it is obviously possible to do the same in respect of a list of eighty or ninety. The point is not the number, but the specification; and the closer the specification, the greater will be the number of subject-matters listed.

It is true that new subject-matters have been added to the list: but the addition of many of the particular powers conferred in 1933 is due, not so much to growth or expansion of the list of subject-matters as to increased care in the specification. The powers, for example, in respect of the reform of taxation which are conferred in paragraph 51 are in themselves sufficient to cover amendments to the laws on general taxes, taxes on transactions, etc., and taxes on consumption: and yet, in paragraphs 53, 55, 56, 57 and 58, specific powers are conferred in respect of each of these subject-matters. The same is true of a large number of other provisions of the Act. The meaning of a "specific subject-matter" is, as shown in Section II, a purely relative quantity. The greater the specification, the longer the list of subject-matters; and *vice versa* the longer the list of subject-matters, the greater the specification and the more scrupulous the observance of constitutional correctitude in the "enabling" legislation. It would have been quite sufficient compliance with the constitutional requirements in regard to such legislation if the subject-matters enumerated in the Enabling Act of 1933 had been grouped under more general headings, and their number thereby cut down by one-half or two-thirds.

2. In addition to this specific enumeration of subject-matters, the Enabling Act of June 24th, 1933, further indicates (Article 2) a number of specific principles and objectives, many of which (see, for example, the directions in regard to economies, adjustments, etc.) in themselves meet the requirement in regard to exact specification. In seven paragraphs lettered *(a)* to *(g)*, after the enumeration of the subject-matters, there is a further specification of the objects for which alone the Senate is entitled to make use of the powers conferred in Article 1 – maintenance of order in the public finances, relief of distress, realisation of economies and so on. It has already been pointed out that the mention of an object may constitute sufficient definition of a subject-matter. In this case, we have specification of objects *in addition to* specification of subject-matters, so that there is ample compliance with the requirements of "exact delimitation".

3. The Enabling Act of June 24th, 1933, further makes observance of the restrictions in Articles 1 and 2 subject to very strict and effective *control,* without which indeed the principle of restrictions in this connection would be reduced to virtual impotence. The reality of the control provisions of the Act

is the best proof of the entirely correct manner in which the legislature has conformed to every reasonable requirement that can be put forward in connection with constitutional “enabling” legislation.

(a) Every court entrusted with the application of an ordinance issued in virtue of the Enabling Act has powers of *judicial scrutiny* and the specification in Article 1 and the exact enumeration of objects in Article 2 afford wide scope for the exercise and application of such judicial scrutiny.

(b) The authority on which the powers are conferred – viz., the *Senate* – is dependent on the confidence of the Popular Assembly (Article 29 of the Danzig Constitution).

(c) The Ordinances issued have to be *notified to the Popular Assembly* forthwith, and must be *suspended* if the latter – within a time-limit of three months – so requires. The will of the legislative body thus remains in every respect the determining factor; and there is no question of the legislature divesting itself of its legislative powers or making the Senate into a legislative instance.

(d) The limitation of the duration of the powers conferred is ensured, not merely by the imposition of a specific time-limit (expiration on June 30th, 1937), but also by the provision that the Senate is empowered of its own motion to fix the date of expiry of its powers.

4. One particular type of objection urged against the practice of “enabling” legislation is the danger involved in the fact that such legislation necessarily goes *behind the back of instances or parties,* which are co-operating factors in the ordinary legislative procedure but are eliminated altogether in the process of legislation by ordinances. The objection is one which applies to *all* enabling acts and *all* ordinances. It is not an argument against the Enabling Act of June 24th, 1933, in particular. It is a feature of all “enabling” legislation that authorities and parties, whose co-operation or influence would otherwise play a part in the legislative process, forfeit their opportunities in this connection. But that does not make an otherwise admissible enabling act inadmissible. In the case of the Reich, for example, every enabling act is an interference with the functions of the Reichsrat as a factor in the legislative process; but that does not make such enabling acts inadmissible if otherwise admissible.

In the case of the Danzig enabling acts, objections to the elimination of particular authorities or parties may arise in two connections.

(a) Under Article 56 of the Danzig Constitution, the assent of the *Financial Council* is required in connection with certain matters (taxation, loans and guarantees, uncovered expenditure). This provision is contained in the Section of the Constitution headed “Administration”, and does not specifically relate to legislation. The assent of the Financial Council is however required

where an administrative measure, for which such assent is obligatory, is given the form of a law. When therefore a measure which would otherwise take the form of a law is issued under an enabling act as an ordinance, the constitutional position in respect of the assent of the Financial Council remains unchanged, and ordinances issued under an enabling act which require the Financial Council's assent are submitted for the latter's approval before they are issued. The rights of the Financial Council are therefore not affected, and no question arises in this connection which has any bearing on the constitutional character of "enabling" legislation. It is immaterial from the constitutional standpoint whether the enabling act contains a general reference, or the particular ordinances contain specific references, giving publicity to the fact that the Financial Council's assent is required. For the Constitution has no provision of any kind with regard to making reference to the Financial Council's assent in the publication of legislative enactments.

The circumstance that the Financial Council, under a system in which its assent has to be obtained before the issue of each separate ordinance, may conceivably come to exercise an even more powerful influence than it does with the ordinary legislative procedure, has no bearing on the constitutional question of the admissibility of an enabling act. The admissibility or madmissibility of enabling acts must not be considered with reference to the necessity of obtaining the assent of this or that authority. If enabling acts are, as they are, a constitutional form of procedure, it is no objection to them that resort to them may mean a different distribution of influence between certain authorities as compared with that which prevails under other constitutional forms.

(b) A general point frequently urged against the admissibility of "simplified legislation" (*e.g.*, by *von Poetzsch-Heffter* in his "Kommentar" page 301) is the argument that it excludes the *opposition or minority parties* in a Parliament from any share in the legislative process. But this is an argument which does not apply to "simplified legislation" only, but to all executory or complementary ordinances (to which in general no objection is taken) and indeed to all powers under Standing Orders which are based on majority decisions, and to the principle of "government by majority" itself. The objection may in certain circumstances assume very considerable importance – namely, where it is not a case of the minorities being opposed by a compact and homogenous majority, but – as in Germany under the Weimar Constitution – unstable coalition majorities have to be pieced together from case to case out of a large number of heterogeneous parties. Under such conditions the minority parties have every interest in securing for themselves a voice in the process of forming a majority. But such are not the conditions in Danzig. As against the interest of the minority parties in respect of taking a hand in the shaping of the parliamentary will, there must be set the equally constitutional and at least equally important interest of securing a working, govern-

ing majority. That the constitutional rights of small parties should not suffer is obvious: but it is another matter altogether to interpret the Constitution of a country with parliamentary government primarily from the standpoint of the ability of the opposition and minority parties to prevent effective government by the majority.

Under the Weimar Constitution, this argument on behalf of the opposition and minority parties led to intolerable abuses. By the beginning of 1929, it had already come to be felt as a public nuisance that small parties and groups of interests should be able to claim in the case of all legislation of any importance that it involved amendment of the Constitution, and consequently required the two-thirds majority stipulated in Article 76. Small parties and groups were thus enabled to establish for themselves a footing in the negotiations and arrangements necessary to secure a two-thirds majority. The continuous growth of legislation in amendment of the Constitution between the years 1923 and 1932 was not due to any enhanced respect for the instrument of Weimar. One of the most highly respected authorities on German constitutional law, the then Secretary of State Professor *Popitz,* frankly admitted (in the *Deutsche Juristen-Zeitung,* 1929, page 18) that:

> "The restrictive effect of Article 76 does not always operate in favour of interests that need protection.
>
> Those who want the law are inclined to deny that it involves amendment to the Constitution, if its chances of passing are thereby imperilled. Those, on the other hand, who do not want the law to pass and know that, though there may be a simple majority, there is no specific majority in its favour, will be inclined to say that the specific majority is required."

The argument with regard to the interests of opposition and minority parties therefore cuts both ways. In any case, it cannot prevail to such an extent as to invalidate an otherwise perfectly constitutional law.

IV.

The Enabling Act of June 24th, 1933, confers powers in respect of over eighty different subject-matters which it enumerates. It is possible to raise the question of the *constitutional character of the Act in connection with each one of these grants of powers,* quite apart from the general question of the validity of the Act as a whole. But the general validity of the Act cannot be called in question merely because the scope of particular grants of powers may be shown to be too wide or too indefinite. The unconstitutional character of one or more of the numerous specific grants of powers does not imply that the whole Act and all the other grants of powers are unconstitutional. It is an

established principle of public law, to which incidental reference was made in the proceedings at a plenary sitting of the Danzig High Court (*in re* Zuchhold *v.* Danzig, 2 Plen., 1/28), that the validity of acts of State, and (in particular) laws, must be upheld wherever possible in view of the bearing which their enforcement has on the whole life of the State. A defective element in an act of State does not invalidate the entire act. This applies particularly to separable elements of such acts, as, for example, the separate grants of powers under the enabling act as specifically enumerated.

As regards individual paragraphs of the Enabling Act, the only openings for objections are presumably in connection with the following paragraphs:

(a) Objections to paragraph 7 ("Budget, Loans, Guarantees"), paragraph 13 ("Modifications of Communal Areas"), paragraph 18 ("Conclusion and Execution of certain Treaties"), paragraph 52 ("Remittance of Taxation") and paragraphs 59 and 60 ("Changes in, or introduction of, Monopolies") – on the ground of failure to comply with the reservation in Article 45 of the Danzig Constitution with regard to the introduction of a law in such cases.

Under Article 45, the introduction of a *law* is required for certain specific administrative acts (establishment of the budget, loan issued, etc.). In the constitutional law of the constitutional monarchy, this reservation was commonly regarded as "non-transferable" – that is to say, as implying the necessity of the introduction of formal law and not admitting of the otherwise allowable form of legislation by ordinance. Special insistence was laid on *this reservation in connection with financial measures.* When the diarchy of Parliament and Government, which the constitutional monarchy presupposed, lapsed with the introduction of parliamentary democracy it was only natural that the former legal conception should likewise lapse; and with it the rigid view as to the form of the reservation in regard to financial legislation. By the year 1931, it might be regarded as an accepted legal principle, alike in the theory and in the practice of the Weimar Constitution, that legal reservations of this kind did not preclude legislation on these subjects by ordinance. The Reich Government even regarded it as admissible to effect credit appropriations by "dictatorial" ordinance under Article 48, paragraph 2 (see "Reichstagsdrucksache", No. 59, of May 2nd, 1932, and No. 1480, of May 7th, 1932, and "Niederschrift über die Reichstagssitzungen", of May 9th and 11th, 1932). Similar views were taken by a number of legal writers.[2]

---

[2] Cf., R. *Thoma*, "Zum öffentlichen Recht" Vol. XI, pages 27 *et seq.,* and "Handbuch des Deutschen Staatsrechts" II, pages 225 and 226; *Carl Schmitt*, "Der Hüter der Verfassung" 1931, pages 128 *et seq., von Poetzsch-Heffter, Rechts- und Verordnungsblatt,* 1932, pages 321 *et seq.,* and *Deutsche Juristen-Zeitung,* 1932, pages 767 *et seq.* In particular, see the two legal opinions in respect of the Reich by *G. Anschütz* and *W. Jellinek*, published under the general title: "Reichskredite und Dikta-

The President of the Reich Court of Audit, *M. Saemisch,* regarded the Government's practice in the matter of credit appropations by ordinance as constitutionally unobjectionable ("Handbuch des Deutschen Staatsrechts", II, page 737). On the other hand the Vice-President of Reich Public Debt Administration, *M. E. F. Kühnemann,* in a number of articles *(e.g.,* in *Rechts- und Verordnungsblatt,* 52, 1931, pages 745 *et seq.,* "Archiv für Finanzwissenschaft", N.F. I, H.1, "Archiv des öffentlichen Rechts", N.F. 24 (1933), pages 14 *et seq.,* and 48 *et seq.),* took the former constitutional view. The question was settled, so far as the practice was concerned, by the Reich Government taking steps (while reserving its legal attitude) to secure the passing of a Reich Law of May 12th, 1932, concerning debt redemption and credit appropriations *(Reichsgesetzblatt,* I, page 109), for the continued validity of the credit appropriations granted by Ordinance dated February 20th, 1932, issued by the President of the Reich *(Reichsgesetzblatt,* I, page 83).

The former view as to "non-transferability" in respect of the reservation covering financial measures was thus already shattered, so far as the Weimar Constitution was concerned, in 1931 – so much so that it no longer held good even in the case of financial measures edicted by means of the so-called dictatorial ordinances of the President of the Reich under Article 48. And yet, in Article 85, the Weimar Constitution had expressly laid down that such dispositions should be taken "only in virtue of a Reich law", and these words were one of the principal arguments used by *Kühnemann* in support of his view.

The argument from these words does not apply in the case of Article 45 of the Danzig Constitution, since Article 45 does not use the word "only". In any case, what was good law in the case of a dictatorial ordinance of the Reich President must be good law also in the case of an ordinance issued in virtue of powers conferred by the Danzig *Parliament.* There was (as already pointed out) an established practice of "enabling" legislation in Danzig. It extended to, and covered, the grant of powers in connection with the matters to which Article 45 relates (cf., *Reiss,* "Die Verfassung der Freien Stadt Danzig", 1931, pages 67 and 72). The Enabling Act of November 27th, 1926 *(Gesetzblatt,* page 317), conferred powers on the Senate for the establishment of a budget, the introduction of a tobacco monopoly and the conclusion of treaties. The question of the reservation in Article 45 had, in short, been settled long since by the Danzig practice in the matter and there were no new or special objections to be brought against the Enabling Act of June 24th, 1933, on this count.

---

tur" Tübingen, 1932. In the matter of the yearly establishment of the budget (Article 85 (d) of the Weimar Constitution), *R. Thoma* regarded a formal law as necessary but he treated the question of credit appropriations by ordinance (Article 87) as a matter of "interpretation".

(b) Objections to paragraph 9 (“Measures to strengthen Public Security and Order“) and paragraph 89 (“Other Measures for the Immediate Relief of Urgent Distress“) – on the ground of inadequate or indefinite specification.

The “enabling” provision in paragraph 9 makes use of a technical term of police law, and by the very fact of so doing constitutes a precise definition of a particular subject-matter. It is true that expressions like “public security and order” in the police law of any country are “indefinite” in the sense that they can only be defined with reference to a concrete state of things: but that is true of any expression of this kind in administrative law. As a description of a group of subjects of administrative and police law the expression “public security and order” is as clear and definite as the nature of the subject-matter allows.

As to the “general clause” in paragraph No. 89, the expression “general clause” must not be misinterpreted as if a “general clause” in itself implied infringement of the principle of specification. “General” and “specific” as pointed out above in Section II, are purely relative conceptions, the effect of which necessarily varies with the different subject-matters to which they are applied. At the present day there is probably no single subject matter which is not governed by a “general clause or clauses”. The well-known work of Professor *J. Hedemann,* of Jena, “Die Flucht in die Generalklauseln” (1933), contains innumerable examples of this. Incidentally, the general clause in paragraph 89 is more restricted than the similar clause in Article 1, paragraph 32, of the Law of September 1st, 1931, which speaks in quite general terms of “further measures with a view to the attainment of the above-mentioned objects.”

Objections had already been raised in connection with this provision of Article I, paragraph 32, of the Enabling Act of 1931 to the grant of powers for “other and further measures”. The Danzig High Court referred to these objections in a plenary decision (*in re* Nogathaffkampen, compulsory auction, 2 Plen., 1/32), but did not decide the point, for the reason that, in the particular case before the court, it was possible to base the contested ordinance on another paragraph of the Enabling Act of 1931. That is in itself evidence of the extent to which the several specific powers are interlocking and interdependent. In any case, the “general clause” in this paragraph is only incidental.

Powers of the kind conferred in paragraph 89 cannot, any more than any other powers conferred for the purpose of coping with an emergency be defined more specifically or more narrowly. They are subject in any case, in the Enabling Act of June 24th, 1933, to restriction and specification of their object in four directions. In the first place, the situation must be urgent. Secondly the measures taken may only constitute “immediate relief” of the situ-

ation. Thirdly, they must be within the framework of the Constitution. Fourthly and lastly, they are subject always to the restrictions and instructions in Article 2, which apply to all powers conferred under Article 1. These provisions contain every possible indication of what it is possible to specify for the case of an emergency which can be foreseen. It is not possible to specify the circumstances of the exercise of powers in an emergency which cannot be foreseen. The position is not the same as in the case of normal and typical contingencies. The nature of the emergency and the measures required for its immediate relief cannot be put down in black and white beforehand.

There is therefore no improper extension of the emergency clause in paragraph 89. On the contrary, I should be of the opinion that any Government would be entitled and bound in an emergency even though no specific powers had been conferred upon it by the legislature for the purpose, to take all such measures for the immediate relief of the Situation as might be desirable, subject always to the fourfold restrictions embodied in Article 2.

V.

The Danzig Constitution is the legal basis of an independent political unit, which is contending for its independence in the face of difficulties of a quite extraordinary character. If the political, economic and social conditions of the post-war period have led, as they have, even in powerful and rich States like England and France to an extraordinarily wide extension of the practice of "enabling" legislation, there can be no inherent incongruity in the existence of such a practice in Danzig. Unquestionably, if there were an explicit provision in the Danzig Constitution precluding such practice, unconstitutional proceedings could not be made constitutional by any reference to English or French developments. But, inasmuch as the Danzig Constitution is silent on the point, the similar developments in respect of legislation by ordinance in other countries with a parliamentary democratic type of constitution is not without significance in the legal estimation and appraisement of the practice with regard to legislation of this kind in Danzig.

1. The British practice with regard to "enabling" legislation is based on political understanding between Parliament and the Government, which is supported by a parliamentary majority; and there are therefore no constitutional objections of principle to the delegation of legislative powers. The process begins at a very early stage in England with the practice of "legislation by proclamation" on the basis of powers conferred by Parliament. It was responsible at the outset of the world war for the incalculably wide powers conferred by the great "Enabling Act" of 1914 known as the Defence of the Realm Consolidation Act (5 Geo. V cap. 8). In spite of the numerous objec-

tions and protests which were put forward against "bureaucratic despotism", the constitutional validity of this practice of extensive delegation of powers was not in fact seriously disputed. The fundamental decision by the House of Lords in Rex *v.* Halliday, on May 1st, 1917 (*Law Reports,* 1917, pages 260 to 308), assumed the right of Parliament to confer such extensive powers as self-evident, and was concerned only with examination of the question whether a "regulation" (*i. e.,* ordinance) issued in virtue of such powers was not *ultra vires* going beyond the intentions and objects of the legislature conferring the powers. The only dissentient voice was that of Lord Shaw of Dunfermline, who did not dispute the constitutional character of the Enabling Act, but interpreted its provisions as meaning that the power conferred on the Government to issue "regulations" was only a power to issue regulations of a *general* character and did not cover concrete measures of a particular character.

In the practice of "enabling" legislation of the post-war period, the Emergency Powers Act 1920 (10 and 11 Geo. V cap. 53) is a specially interesting example of extensive delegation of powers, for the reason that the legislature in this case does not give any positive definition of the extent of the powers conferred, but merely makes certain negative reservations of a particular character, excluding for example explicitly the power to introduce compulsory military or labour service or ordinances directed against the right to strike. The constitutional character of this British practice in the matter of "enabling" legislation is based on the fact that the enabling act does not create any new legislative powers, but merely gives a free field to legislation by ordinance on the basis of the prerogative of the Crown, and is accordingly, in fact and in form, purely declaratory in character (see an essay by *Sidney W. Clarke,* "The Rule of 'Dora'", in *Journal of the Society of Comparative Legislation,* London 1919, pages 36 *et seq.*).

2. The French practice in respect of "enabling" legislation, unlike the British practice, was for a long time dominated by the conception of an ultra-rigid distinction between legislative and executive functions, and was accordingly profoundly distrustful of the delegation of legislative powers in any way. French constitutional theory adhered to the great tradition (dating from *Locke, Sieyes,* Article 46 of the Constitution of the Year III,) that any "delegation" of the legislative power was logically and legally precluded, on the ground that the powers of the delegate must be in their essence identical with those of the delegating legislature, and consequently that ordinances issued in virtue of powers so delegated constituted a legislative act, thereby putting the authority issuing the ordinances unconstitutionally in the position of the legislature. Ordinances issued in virtue of powers conferred were described as "législation secondaire". But a famous decision of the Conseil d'Etat of December 6th, 1907 (*Recueil Sirey,* 1908, Part III, pages I *et seq.,* with the note

by *Hauriou* and *Panhard, Recueil des Arréts du Conseil d'Etat,* Vol. 77, second series, 1907 pages 914 *et seq.*), pronounced in favour of the view that, as against an ordinance of the head of the State issued in virtue of powers conferred by an enabling act *(Règlement d'administration publique)* it was admissible to appeal directly to the Council d'Etat – *i. e.,* to an administrative tribunal – although the latter is not competent in respect of legislative, but only in respect of administrative, acts. That was tantamount to admission that legislation by ordinance in virtue of powers conferred by the legislature is not, in form, an act of the latter. A new era began with this decision also in respect of the constitutional doctrine of "enabling" legislation. In lieu of the misleading expression *délégation,* other expressions such as *détermination de compétence (Duguit)* or *habilitation (Carre de Malberg)* made their way into French jurisprudence, expressions which are much closer to the German word *Ermächtigung* than the term *Delegation,* still in use in Germany. The powers conferred by the laws of March 22nd, 1924, and August 3rd, 1926, also gave rise to numerous objections in France in virtue of their scope *(ampleur)* but the prevailing practice carried the day and since that time the former rigid rejection of any "enabling" legislation has been a stranger to French legal doctrine.

On the basis of the above considerations, I come to the following conclusion:

The Danzig Enabling Act of June 24th, 1933, is not inconsistent either with the letter or with the spirit of the Danzig Constitution. It is in accordance with every postulate put forward by the narrower conception of the admissibility of enabling acts, which has prevailed in the German Reich since 1921 and which has also found acceptance in Danzig. Its careful specification of the powers which it conveys proclaims the desire of the legislature to respect all constitutional restrictions. It conforms to the principles of the practice of "enabling" legislation which has developed in other countries with a parliamentary democratic type of constitution. It is accordingly both as a whole and in the particular provisions which it contains, entirely within the limits of the Danzig Constitution.

37. Die Rechtswissenschaft im Führerstaat

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 2. Jg., H. 7, Juli 1935, S. 435–440

Ich beginne mit dem Wort, das zu Beginn der Ausführungen des Herrn Kollegen Hedemann gefallen ist, mit der Feststellung einer *Zwiespältigkeit*. Zwar nicht der Zwiespältigkeit von römischem und deutschem Recht, sondern einer anderen, allerdings mit der Rezeption des römischen Rechts in unser Rechtsleben eingedrungenen Zwiespältigkeit, nämlich der von *öffentlichem* und *privatem* Recht. Dieser Dualismus ist kennzeichnenderweise auf die Kontinentalstaaten der europäischen Zivilisation und Kultur beschränkt und in dieser Schärfe dem Recht des *englischen* Volkes nicht bekannt. Dem englischen Volk ist es gelungen, sich der Rezeption des römischen Rechts zu erwehren; es hat gleichzeitig an dem Gedanken der *Einheitlichkeit* des Rechts festgehalten. Daher ist dort keine solche Trennung in das öffentliche und private Recht vorgenommen und ein folgerichtig damit verbundener dualistischer Aufbau der zivil- und öffentlichrechtlichen Gerichtsorganisation lange sogar als rechtsstaatswidrig empfunden worden. Noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts konnte ein großer englischer Rechtsgelehrter, *Dicey*, den Staaten mit einem vom allgemeinen zivilen Recht unterschiedenen Verwaltungsrecht den Charakter eines Rechtsstaates überhaupt absprechen, weil er das Wesen des Rechtsstaates gerade in dieser von der englischen Rechtsauffassung festgehaltenen Einheitlichkeit des gesamten Rechts erblickte. Die großen Staaten des europäischen Kontinents, insbesondere die beiden – wenn ich so sagen darf – klassischen Staaten Frankreich und Preußen, haben diesen Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht mit um so entschiedener herausgebildet, wenn auch das deutsche Recht nicht mit der rationalistischen Schärfe der Distinktion wie das französische. Mit einer gewissen Berechtigung kann man sogar sagen, daß das deutsche Recht in dieser Hinsicht etwa in der Mitte zwischen dem englischen und dem französischen Recht steht. In der scharfen Fragestellung: öffentliches Recht oder Privatrecht liegt aber ein juristisch-logisches Element, das einen Staat sofort zur Entscheidung zwingt, wenn die konkreten Aufgaben staatlicher Organisation und Zuständigkeitsregelung an ihn herantreten. Im Gesamtaufbau seiner Verwaltungs- und Justizorganisation also hat sich jeder größere deutsche Staat im Laufe des 19. Jahrhunderts *für* die Trennung von öffentlichem und privatem Recht entschieden. Die Trennung geht – darin werden mir die Rechtshistoriker wohl nicht widersprechen – auf die Rezeption des römischen Rechts zurück. Mit ihr hängt die dualistische Unterscheidung von Fürst oder Staat einerseits und Untertan oder Staatsbürger an-

dererseits systematisch zusammen. Sie ist bis zum heutigen Tage auch für unser rechtswissenschaftliches Denken kennzeichnend und bringt die Gefahr mit sich, daß eigentlich nur das Privatrecht als wahres Recht und nur die Privatrechtswissenschaft als „wahre“ und „ewige“ Rechtswissenschaft empfunden wird. Die Zwiespältigkeit, von der ich hier spreche, ist also nicht etwa nur abstrakte Theorie und Definition; hinter ihr steht vielmehr die gesamte juristische Arbeit in Verwaltung und Justiz und damit auch das konkrete Leben der deutschen Rechtswissenschaft der letzten Jahrhunderte.

Wenn ich über ein so weites und verantwortungsvolles Thema vor Ihnen zu sprechen wage, kann ich *von zwei Seiten her* an den Gegenstand meiner Darlegungen heranzukommen suchen: Einmal von einer mehr äußerlich „*soziologischen*“ Seite, wobei ich bitte, mich nicht auf dieses Wort im Sinne der Soziologie des letzten Jahrhunderts festzulegen; und andererseits *von innen* her, aus den maßgebenden rechtswissenschaftlichen Kategorien der Zeit und den Begriffen, die im *Eigenleben* einer Wissenschaft als solche folgerichtig erwachsen. Beide Seiten des Themas möchte ich hier mit einigen Andeutungen anschaulich machen.

I.

Alle rechtswissenschaftliche Arbeit spielt sich in den konkreten beruflichen und ständischen Ordnungen des Juristentums und der politischen Gesamtordnung der Volksgemeinschaft ab. Es hat, wie Herr Kollege *Koellreutter* vorhin treffend sagte, niemals eine wurzellose Jurisprudenz gegeben. In den glanzvollen Zeiten der Rechtswissenschaft des römischen Kaisertums zum Beispiel schwebte nicht etwa eine isolierte Jurisprudenz als „reine“, nichts als „wissenschaftliche“ Autorität über dem römischen Imperium. Vielmehr betont die bekannte Digestenstelle (2, 49) sehr deutlich, daß das *jus respondendi* und die Autorität der mit ihm ausgestatteten Juristen sich in der Kaiserzeit nur aus der *auctoritas Divi Augusti* herleitete. Es wäre nicht möglich, diese große Epoche der Rechtswissenschaft von der Autorität des römischen Kaisers und der politischen Ordnung des *Imperium Romanum* zu trennen. Ebenso wenig kann die Geschichte der Wiedergeburt des römischen Rechts im Mittelalter unabhängig von der politischen Lage des damaligen Italien und der andern Länder getrennt werden. Diese Wiedergeburt ist zunächst das Werk der in den italienischen Städten zunftmäßig zusammengeschlossenen Notare. Die Rechtswissenschaft der Bologneser und anderer Professoren des 14. und 15. Jahrhunderts hat dann das römische Recht zum Recht des damaligen römisch-germanischen Imperiums gemacht. Voraussetzung war, daß über den unabhängigen italienischen Städten als eine, trotz der städtischen Unabhängigkeit durchaus noch anerkannte politische Autorität der *Kaiser* dieses Imperiums stand. Das römische Recht wurde anfangs als

ein auf Grund kaiserlicher Autorität geltendes Recht hingestellt. Man hat nicht etwa mit der Konstruktion einer gewohnheitsrechtlichen Geltung oder der Wiedereinführung des römischen Rechts begonnen. Wenn, wie Herr Kollege *Hedemann* vorhin erwähnte, *Conring* in der Zeit des dreißigjährigen Krieges die Rezeption des römischen Rechts auf den „Brauch“ gründete, so läßt gerade diese Verschiedenheit der Rechtsquellen – von der kaiserlichen Autorität zu Brauch und Gewohnheit – die gesamtpolitische Entwicklung dieser vierhundert Jahre – vom Reich zu einer nur durch ein „gemeines Recht“ überschatteten Vielstaaterei – am besten erkennen.

Mit der Entwicklung des modernen kontinentalen Staates entwickelt sich auch der öffentliches und privates Recht trennende Dualismus des Rechts und damit der Rechtswissenschaft. Das Allgemeine Landrecht des preußischen Staates von 1794 verdient das Lob einer erstaunlichen und bewundernswerten Gesamtleistung. Es ist die größte Kodifikation der uns rechtsgeschichtlich zugänglichen Welt. Es umfaßt nicht nur privates Recht, sondern auch das gesamte öffentliche Recht bis in die Einzelheiten der damaligen staatlichen und ständischen Ordnungen hinein. Es ist das erstaunliche Werk einer aufgeklärten Beamtenbürokratie des aufgeklärten Fürstentums. Diese aufgeklärten Beamten waren große Juristen, sie waren zugleich große Philosophen und große „Baumeister“, um dieses Wort des letzten Vortrags aufzugreifen, große rationalistische Baumeister des Naturrechts. Sie bauten ihr Werk im Kampf mit den Juristen der alten Stände und der wohlerworbenen Rechte. Die Juristenfeindlichkeit dieses Allgemeinen Landrechts ist bekannt. Es stellt sich sehr unfreundlich zu der Mitarbeit der Juristen und lehnt in den einleitenden Erklärungen jede weitere Auslegungstätigkeit ab; es mißtraut infolgedessen auch der juristischen Mitarbeit einer Rechtswissenschaft. Zugleich ist es in hohem Grade advokatenfeindlich. Alles das ist aber nur der Ausdruck einer Zwiespältigkeit, die mit dem zugrunde liegenden Zwiespalt unserer gesamten Rechtswelt aufs innigste zusammenhängt. Die Juristen, die dieses juristen-, professoren- und advokatenfeindliche große Gesetzgebungswerk geschaffen haben, waren selbst hervorragende und geniale Juristen. Hier zeigt sich also ein Gegensatz in der Juristenwelt selbst, der bedeutende Juristen des preußischen 18. Jahrhunderts in einen merkwürdigen Gegensatz zu einer schöpferischen Justiz zu bringen scheint.

Eigentlich ist seit diesem 18. Jahrhundert die Geschichte unserer Rechtswissenschaft, ebenso wie die des ganzen Rechts ein Kampf der staatlichen Verwaltungsjuristen mit den Ziviljuristen. Hinter dem Gegensatz des öffentlichen und privaten Rechts, hinter dem Aufbau der Organisation der öffentlichen Verwaltung und schließlich ihrer Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der einen und der bürgerlichen bezeichnenderweise „ordentliche“ Gerichtsbarkeit genannten Justiz auf der anderen Seite steht *die große Auseinandersetzung zwischen Staat und Recht*. Und doch war in diesem preußischen Staat wie in

jedem größeren Staate des deutschen Volkes sehr viel bestes Recht inkarniert und Wirklichkeit geworden; denn jede gute staatliche Verwaltung ist ebenfalls eine Realisierung von Rechtsgedanken. Darin zeigt sich, wie töricht die Antithese war, die einen „Polizeistaat" des 18. einem liberalen „Rechtsstaat" des 19. Jahrhunderts als „Macht gegen Macht" entgegenstellte. So viel gesunder Sinn war übrigens bei allen großen deutschen Juristen des öffentlichen Rechts, soweit sie deutschen Blutes waren, auch bei Liberalen wie Rudolf Gneist, immer noch vorhanden, daß sie diese im Staate selbst enthaltene Rechtswirklichkeit erkannten. Aber die zu dogmatischen Formeln der Lehrbücher gewordenen liberalen Schlagworte stellten es anders dar. Nach ihnen kämpft der Staat gegen das Recht, und das Recht gegen den Staat; beide sind Gegensätze, wie sie in der populären Gegensätzlichkeit von Staatsanwalt und Rechtsanwalt zu Tage treten. Solche sichtbarsten Äußerungen eines Zwiespalts und Dualismus, machen das eigentliche Problem sehr deutlich. Es handelt sich um den Zwiespalt von Staat und Individuum, von Staat und Gesellschaft, von Verwaltung und Justiz in allen seinen Variationen, und schließlich um den Gegensatz von Staat und Recht selbst. Es ist die individualistische Beschlagnahme des Rechtsgedankens, die schließlich nur noch das Privatrecht als Recht gelten läßt und die öffentliche Verwaltung nur so weit als „juristisch" oder „rechtlich" anerkennt, als sie nach zivilrechtlichen Vorbildern justizförmig produziert.

Erst unter derartigen rechts- und verwaltungsgeschichtlichen Aspekten wird klar, wie groß die Wendung ist, die mit der nationalsozialistischen Bewegung auf dem Gebiete des Rechts und seiner Wissenschaft eingesetzt hat. Zum erstenmal in unserer Rechtsgeschichte haben wir ein einheitlich organisiertes und ausgebautes deutsches Juristentum, dank der wahrhaft genialen Arbeit unseres Reichsjuristenführers. Zum erstenmal in unserer Rechtsgeschichte gibt es eine Akademie für Deutsches Recht. Zum erstenmal sind die verschiedenen Vertreter unserer juristischen Berufstätigkeit, der beamtete Richter, der Verwaltungsbeamte, der freie Anwalt, der Hochschullehrer, der im Wirtschaftsleben stehende Syndikus, in einer großen Organisation und in einer wissenschaftlichen Akademie auf einem gemeinsamen Boden vereinigt, um mit der wissenschaftlichen Klarheit, die zu jeder großen gesetzespolitischen Arbeit gehört, an dem Werk des neuen deutschen Rechts zu arbeiten. Während früher Zwiespältigkeit und Gegensätze aller Art die Einheit des deutschen Juristentums zerrissen, hat heute die durch den Nationalsozialismus wiederhergestellte Einheit der Volksgemeinschaft auch die ständisch-beruflichen Zersplitterungen des Juristentums überwunden. Der Führerstaat hat den gemeinsamen Boden und damit auch die Voraussetzung für eine fruchtbare rechtswissenschaftliche Gesamtarbeit geschaffen.

Die rechtswissenschaftliche Arbeit des deutschen 19. Jahrhunderts war durch den innerpolitischen Gegensatz einer juristisch hochgebildeten und

wissenschaftlich geschulten Beamtenbürokratie gegen eine „freie“ Wissenschaft und eine „freie“ Advokatur gekennzeichnet. In diesem Zusammenhang darf ich ein Wort zu *Rudolf Gneist*, dem großen Juristen des öffentlichen Rechts, sagen, der typisch in diesem Zwiespalt steht. Seine politische Stellung war so außerordentlich schwierig, weil er in den falschen Fronten und Zerrissenheiten des 19. Jahrhunderts immer auf der falschen Seite erscheinen mußte. Er saß parteipolitisch immer zwischen zwei Stühlen. Während des Konfliktes stand er auf der Seite der liberalen Partei im Kampfe gegen Bismarck, und doch hat ihn keiner seiner liberalen Fraktionsgenossen, am wenigsten die Juden, die er schützen zu müssen glaubte, richtig verstanden. Man hielt ihn für einen Überläufer und Opportunisten, als er sich auf die Seite Bismarcks stellte, und doch gehörte er auf die Seite des preußischen Staates, dessen Verwaltungsrecht keinen besseren Vertreter finden konnte. In der innerpolitischen Zerrissenheit des 19. Jahrhunderts war eine unbefangene rechtswissenschaftliche Gelehrtenarbeit von der großen Art Gneists kaum möglich, weil sie sofort in den innerpolitischen Zwiespalt von Staat und bürgerlicher Gesellschaft hineingerissen wurde. Und doch war die Arbeit eines Mannes wie Gneist unentbehrlich und notwendig. Ich bin weit davon entfernt – das darf ich gerade Herrn Kollegen Hedemann ausdrücklich versichern –, mich einem pauschaliter und summarisch ausgesprochenen Verdammungsurteil gegen das liberale 19. Jahrhundert in Deutschland anzuschließen. An dieser gleichen Stelle, in der Aula der Münchner Universität, habe ich im Oktober vorigen Jahres auf der Gautagung des Juristenbundes die Ansicht vertreten, daß auch die Juristen des letzten Jahrhunderts, soweit bei ihnen durch die Verschleierungen des liberalen Individualismus hindurch die Stimme des deutschen Blutes vernehmbar ist, durchaus zu uns gehören. *In der Verfassungslage des 19. Jahrhunderts mußten solche großen Vertreter der Wissenschaft des öffentlichen Rechts zum großen Teil auf der liberalen Seite stehen, weil die staatliche Bürokratie ohne eine wissenschaftliche Kontrolle und ohne eine fachlich ebenbürtige Opposition in sich selbst erstarrt wäre.* Es gibt eben keine gute Rechtspraxis und keine gute Gesetzgebung ohne die wissenschaftliche Mitarbeit von Rechtsgelehrten. Jedes größere Gesetz bedarf einer Abwägung von Gesichtspunkten und Interessen, von Argumenten und Gegenargumenten, von begrifflichen Präzisierungen, die nur in stiller Gedankenarbeit erreicht werden können. Kein Staat der Welt, gleichgültig welcher Form, kommt ohne eine Einrichtung aus, in der diese Gedankenarbeit geleistet wird und sich zur Geltung bringen kann. Es war das Unglück des 19. Jahrhunderts, daß diese unvermeidlich notwendige Arbeit in die innerpolitischen Kämpfe von Staat und Gesellschaft, vom deutschen Beamtenstaat einerseits und „freiem“ Bürgertum andererseits hineingetrieben wurde, und daß infolgedessen an die Stelle einer fruchtbaren, auf einem gemeinsamen Boden verbleibenden Auseinandersetzung, die aufspaltende Wir-

kung innerpolitischer Gegensätze trat, in die sich dann eine volksfremde jüdische Intelligenz hineintreiben konnte, bis schließlich die allgemeine geistige Verwirrung entstand, die zu dem Zusammenbruch des November 1918 führte.

Nur im Lichte solcher Erkenntnisse kann das Werk des NS.-Juristenbundes und der Akademie für Deutsches Recht in seiner ganzen geschichtlichen Bedeutung richtig gewürdigt werden. Der ausgezeichnete schweizerische Rechtshistoriker *Hans Fehr* sagt in einer Besprechung unserer neuen juristischen Studienordnung, diese neue Ordnung sei ein Zeichen dafür, daß wir in den nächsten zehn Jahren eine große Veränderung im gesamten Rechtsdenken erleben würden, die als *die dritte große Wende in der Geschichte und Lehre des deutschen Rechts* anzusehen sei, wobei er die erste Wende in die fränkische Zeit, die zweite in den Ausgang des Mittelalters verlegt und als dritte eben unsere nationalsozialistische Wendung zum deutschen Recht ansieht, wie sie sich in der neuen Studienordnung äußert. Fehr erkennt als großer Rechtshistoriker die außerordentliche geschichtliche Bedeutung dieser Studienordnung, und wir dürfen stolz darauf sein, daß ein hervorragender Gelehrter in einer schweizerischen Juristenzeitung so viel Verständnis für unsere Arbeit bekundet. Aber man muß auch den gesamtpolitischen Rahmen und die Gesamtleistung des deutschen Führerstaates im Auge behalten, der durch seine Wiederherstellung der Einheit der deutschen Volksgemeinschaft und die Zusammenfassung des ganzen deutschen Juristentums eine solche Wendung erst ermöglicht hat.

II.

Den zweiten Teil meiner Betrachtungen muß ich auf einige Worte beschränken.

Die Arbeit eines Rechtsgelehrten erhält ihre konkrete Bedeutung nicht nur durch die gesamtpolitische und ständisch-berufliche Ordnung, in der sie steht, sondern auch durch die *innere Logik und Folgerichtigkeit ihrer Voraussetzungen und Methoden*. Sie bleibt als Wissenschaft an gewisse Ausgangsbegriffe gebunden, ohne die sie kein System, keine folgerichtige Argumentation, keine einleuchtenden, überzeugenden Gedankengänge entwickeln kann. Auch diese Ausgangsbegriffe sind zeit- und volksgebunden. Sie bestimmen insbesondere die Lehre von den Rechtsquellen und wirken sich bis in die letzten und kleinsten Interpretationsfragen aus. Aus der Fülle der Probleme möchte ich hier nur einen besonders maßgebenden und folgereichen Begriff besonders nennen, den *Gesetzesbegriff* des 19. Jahrhunderts. An den rechtswissenschaftlichen Auswirkungen des wechselnden Gesetzesbegriffes und Gesetzgebungsideals läßt sich am deutlichsten erkennen, wie nicht nur alles ständisch-berufliche Leben und die gesamtpolitische und soziale Struktur,

sondern auch die *Begriffsbildung der Rechtswissenschaft in Theorie und Praxis ein untrennbares Ganze* ist. England hat auch hier seine eigenen Begriffe zu wahren gewußt. Dagegen hat sich in den kontinentalen Staaten Europas und in den Vereinigten Staaten von Amerika, die sich mit Stolz „konstitutionelle" oder Verfassungsstaaten nennen, der typische Gesetzesbegriff des gewaltenteilenden Rechts- und Verfassungsstaates entwickelt. Ich möchte hier keine staatspolitische und verfassungsrechtliche Vorlesung (oder das Fragment einer solchen) geben, um die ganze Lehre vom Gesetzesbegriff im Gewaltenteilungs- und Verfassungsstaat darzustellen; ich behaupte nur und darf das mit einigen Andeutungen plausibel machen, daß dieser gewaltenteilende Gesetzesbegriff, der auf der scharfen Antithese von Gesetzgebung und Regierung, von Legislative und Exekutive beruht, in der Auswirkung seiner inneren Logik den Rechtsbegriff und damit unsere gesamte Rechtswissenschaft das ganze positivistische Jahrhundert hindurch beherrscht hat. Auch die vielen positivistischen Ziviljuristen, die jedes Verfassungsproblem vorsichtig ablehnen, sind ahnungslos in das Netz dieses Gesetzesbegriffes verstrickt. Unsere Rechtsquellen- und Interpretationslehre, unsere Vorstellungen von dem Verhältnis des Richters zum Gesetz, deren Formeln zum großen Teil noch auf die Rechtsquellenlehre der historischen Schule zurückgehen, sind in Wahrheit nur aus dem gewaltenteilenden Gesetzesbegriff des konstitutionellen Verfassungsstaates, also aus der von Montesquieu entwickelten Trennung von Gesetzgebung und Regierung zu begreifen. Natürlich haben sich in der Wirklichkeit des Rechtslebens viele praktische Korrekturen und Anpassungen aller Art ergeben. Aber niemand kann die unmittelbare oder mittelbare, die bewußte oder unbewußte Auswirkung dieses spezifischen Gesetzesbegriffs leugnen. Wesentlich ist immer nur das Konkrete: unser gesamter Staatsbau in seiner ganzen Konstruktion und Zuständigkeitsregelung war bisher ganz auf der *Trennung von Gesetzgebung und Gesetzesanwendung* aufgebaut. Auch hier können wir einen Zwiespalt feststellen, eine grundsätzliche scharfe Auseinanderreißung von Aufgaben und Arbeiten, die natürlicherweise zusammengehören. Auf dieser Trennung beruht der bisherige Gesetzes- und damit auch der positivistische Rechtsbegriff. Welche Zugeständnisse man dabei theoretisch dem Gewohnheitsrecht macht, ist für unsere Betrachtung nicht entscheidend; denn positivistisch gesehen ist der positive Gesetzgeber allen gewohnheitsrechtlichen Bildungen immer voraus und unendlich überlegen. Ein Federstrich des Gesetzgebers, und es werden nicht nur die bekannten Bibliotheken, sondern auch alle dem positiven Gesetzgeber im Wege stehenden Gewohnheiten Makulatur. Kein Positivist wagt zu behaupten, daß das Gewohnheitsrecht stärker sei als Gesetzesrecht. Der Gesetzgeber steht für ihn über jeder Gewohnheit, die naturgemäß langsam ist. Ein Gesetz kann jede auftauchende Gewohnheit sofort im Keime ersticken. Das Gewohnheitsrecht hat in diesem Rechtsquellensystem nur eine Chance, nämlich

die, daß es der Aufmerksamkeit des Gesetzgebers entgeht und mit Hilfe theoretischer Irrtümer, vor denen ja auch der Gesetzgeber nicht sicher ist, der Vater ungeahnter Rechtsbildungen wird. Ich weiß wohl, daß damit das große Problem des Gewohnheitsrechts nicht erledigt ist, doch genügt diese Bemerkung, um es zu rechtfertigen, wenn ich hier nur vom Gesetzgeber spreche.

Wer ist nun dieser allmächtige positivistische Gesetzgeber, der das letzte Wort auch für die Rechtswissenschaft spricht? Im konstitutionellen System ist es eine Instanz, die wesentlich durch die Unterscheidung von Legislative und Exekutive, von Gesetzgebung auf der einen, Verwaltung und Justiz auf der andern Seite bestimmt ist. Dieser Gesetzesbegriff hat drei Merkmale. Er ist erstens *abgetrennt*; der Gesetzgeber macht Gesetze, d. h. generelle Normen; er darf sie nicht selber anwenden; er darf nicht regieren und nicht befehlen. Auch in den parlamentarisch regierten Staaten dieses Systems, insbesondere in Frankreich, der klassischen Republik des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates, wird trotz gelegentlicher Individualgesetze theoretisch und praktisch an dem Grundsatz festgehalten, daß der Gesetzgeber nur Gesetze im Sinne einer generellen Normierung machen darf, daß diese Gesetze aber keine konkreten Befehle sein dürfen. Dieser allmächtige Gesetzgeber hat also keine Untergebenen; er kann keine direkten Befehle erteilen, er darf nur abstrakte Regeln aufstellen. Das ist die Logik des konstitutionellen, d. h. des gewaltenteilenden Systems. Sonderbare Allmacht eines solchen angeblich allmächtigen Gesetzgebers! Dieser Gesetzgeber wird also abgetrennt von der konkreten Wirklichkeit des in Justiz und Verwaltung sich fortwährend gestaltenden staatlichen Lebens. Er ist aus der gleichen Logik heraus aber auch ein zweites: Sein Gesetz ist immer *auf die Vergangenheit bezogen*. Er macht Gesetze, die grundsätzlich einen Spalt zwischen der einmaligen gesetzlichen Fixierung und der Zukunft aufreißen; nicht nur, weil diese Gesetze keine rückwirkende Kraft haben dürfen, sondern auch, weil die Gesetzesanwendung, infolge der scharfen Trennung von der Gesetzgebung, gezwungen ist, sich immer nur an einen in der Vergangenheit fixierten Gesetzeswillen zu halten. Die gesamte Tätigkeit der Justiz und der gesetzesanwendenden Verwaltung, aber auch die ganze Rechtswissenschaft ist *rückwärts gerichtet*. Der Positivist kommt immer zu spät, wie unser verehrter Kollege Ritterbusch treffend gesagt hat. Der Jurist ist an den Felsen der Vergangenheit geschmiedet. Die berühmte Entscheidung des höchsten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten vom 27. Mai 1935, die das ganze Gesetzeswerk des *National Recovery Act* für verfassungswidrig erklärt, ist ein geradezu schulmäßiges Paradigma dieses vergangenheitsbezogenen, rückwärts gerichteten Gesetzesdenkens. Ich erwähne diese Entscheidung hier nicht, um sie zu kritisieren, sondern, im Gegenteil, nur um ihre innere Logik und Folgerichtigkeit mit einem Beispiel anzudeuten, das zugleich die dritte Eigenschaft dieses Gesetzesbegriffes hervortreten läßt: das konstitutionelle, auf Gewaltenteilung beruhende

Gesetz ist nicht nur abgetrennt und vergangenheitsbezogen, es ist vor allem auch *planfeindlich*. Es kann keinen großen, einer wechselnden Situation sich anpassenden, die soziale und wirtschaftliche Gesamtkraft eines Volkes steuernden Plan zulassen; es hat gerade den Sinn und Zweck, einen solchen Plan zu verhindern. Ich spreche hier nicht von einer Planwirtschaft im systematischen oder totalen Sinne des Wortes und meine nur die heute jedem Staat sich aufdrängende Notwendigkeit, zu einem auf einige Jahre planmäßig regulierten und gesteuerten Einsatz aller sozialen und wirtschaftlichen Kräfte eines Volkes zu gelangen. In den Vereinigten Staaten, deren Verfassung bekanntlich das Prinzip der Gewaltenteilung am reinsten durchgeführt hat, ist der Versuch des Präsidenten Roosevelt, eine solche Planung durchzuführen, durch jenes Urteil des Höchsten Gerichtshofs – man darf auch hier sagen, mit einem Federstrich – juristisch erledigt worden. Ein riesiges Gesetzgebungswerk von vielen hundert „*Codes*“ mit sozialen und wirtschaftlichen Maßnahmen usw., die wir für selbstverständlich halten, ist mit einem Schlag juristisch erledigt; logisch durchaus einwandfrei und unwiderleglich vom Standpunkt eines solchen abgetrennten, vergangenheitsbezogenen und planfeindlichen Gesetzesbegriffes, wie er der Rechtswissenschaft des letzten Jahrhunderts zugrunde gelegen hat.

In vielen Ländern dieses Gesetzgebungssystems hat man versucht, durch Ermächtigungsgesetze, Notverordnungen, Ausnahmezustandsregelungen, oder auch durch eine verfassungsrechtliche Stärkung der Stellung des Staatspräsidenten Überbrückungen zu schaffen, um den konstitutionellen Gesetzesbegriff zu überwinden. Die Notwendigkeiten einer gewissen Steuerung und Planung wurden allzustark. Alle diese Versuche zeigen, daß die Entwicklungstendenzen des heutigen Rechtslebens *aller großen Länder* auf einen anderen Gesetzesbegriff hindrängen. *Unser deutscher Führerstaat hat hier als erster den Rubikon überschritten*. Kein anderer Staat, auch nicht der des faschistischen Italien, hat die Trennung von Gesetzgebung und Regierung auch grundsätzlich zu überwinden gewußt. Wir dagegen sind mit unserer Regierungsgesetzgebung zu dem alten aristotelischen Gesetzesbegriff zurückgekehrt, der Gesetzgebung und Regierung nicht auseinanderriß, sondern die Gesetzgebung gerade als die eigentliche Aufgabe der Regierung ansah. *Gouverner c'est légiférer*, wie ein ausgezeichneter junger französischer Staatsrechtslehrer, René Capitant, es formuliert hat. Bei uns kommt heute ein Gesetz im Wege eines Beschlusses der vom Führer geführten Reichsregierung zustande; für uns ist das Gesetz eine Willensäußerung des Führers, der alle Kräfte der deutschen Volksgemeinschaft planmäßig leitet. An diesem, rechtswissenschaftlich gesehen, ganz entscheidenden Punkt, nämlich beim Gesetzesbegriff, hat der deutsche Führerstaat die Trennungen und Zwiespältigkeiten der Vergangenheit überwunden. *Gesetz ist für uns nicht mehr eine abstrakte, auf einen vergangenen Willen bezogene Norm; Gesetz ist Plan und*

Wille des Führers. Als Plan ist das Gesetz auf die Gegenwart und auf die Zukunft gerichtet und überwindet es nicht nur die scharfe und unrichtige Auseinandersetzung von Legislative und Exekutive, sondern auch die ebenso falsche und unrichtige Auseinanderreißung von Vergangenheit und Gegenwart, die für die Theorie und Praxis des bisherigen Gesetzesbegriffs kennzeichnend war und aus dieser Trennung heraus ein ganzes Gebäude von Normen, Begriffen und Auslegungsmethoden errichtet hat. Mit diesem neuen Gesetzesbegriff stehen wir heute an der Spitze der Rechtsentwicklung. Hier sind wir in der Führung. Eine Entwicklungstendenz, die sich in anderen Ländern nur fragmentarisch in Ermächtigungsgesetzen usw. zur Geltung zu bringen suchte, haben wir in voller Klarheit und Folgerichtigkeit zu Ende geführt. Der Führerstaat hat uns einen besseren Gesetzgeber als den des bisherigen konstitutionellen Verfassungsideals verschafft. Dieser Erfolg des deutschen Führerstaates wirkt sich bereits in der Rechtswissenschaft der Gegenwart aus und gibt allen auf dem früheren Gesetzesbegriff aufgebauten Begriffen und Methoden von innen heraus einen neuen Sinn.

Die Umwälzung, in der wir stehen, ist groß und keine Tages- oder Jahressache. Sie schaut ebensoweit in die Zukunft wie in die Vergangenheit; sie ändert das geschichtliche Bild in dem Maße und in der Tiefe, wie sie in die Zukunft gerichtet ist. Wenn wir für Jahrhunderte und Jahrtausende einen neuen Boden bereiten, ist es wissenschaftlich notwendig und selbstverständlich, daß wir ebenso Jahrhunderte und Jahrtausende in die Vergangenheit zurückgehen, nicht aus antiquarischen und archäologischen Interessen, nicht aus einer falschen historizistischen Neutralität und Objektivität, sondern im Gegenteil, weil jede Vergangenheit ihr Licht von der Gegenwart erhält. Darum ist es nicht sonderbar und nicht willkürlich, daß wir mit neuen Impulsen Rechtsgeschichte treiben. Der Vortrag meines verehrten Vorredners umfaßte ein halbes Jahrtausend; ich selbst sah mich, bei aller Beschränkung auf Andeutungen und einfache Linien, gezwungen, von der Seite des öffentlichen Rechts wenigstens einige Jahrhunderte zu umreißen, damit die großen Aspekte, unter denen unsere Arbeit heute steht, nicht verfehlt werden. Wir arbeiten ja nicht nur für den Tag und schaffen nicht das Werk nur eines Augenblicks. Dank der großen Umwälzung und Erneuerung, dank der großen geschichtlichen Wendung, die uns die nationalsozialistische Bewegung gebracht hat, sehen wir mit anderen Maßen, als es klein und eng gewordener Positivismus vermochte, in die Vergangenheit und in die Zukunft. Wir werden noch viele Gesetze und gesetzgeberische Zusammenfassungen schaffen – wobei ich das Wort „Kodifikation“, weil es mir geschichtlich belastet scheint, lieber vermeide. Das Wesentliche ist, daß wir sowohl der neuen Aufgabe, die Führerstaat und nationalsozialistische Bewegung uns heute stellen, wie den von diesem Staat und dieser Bewegung geschaffenen neuen Einrichtungen und Wirkungsmöglichkeiten auch als Juristen gerecht werden.

38. Kodifikation oder Novelle?

Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung

Deutsche Juristen-Zeitung, 40. Jg., H. 15/16, 1. August 1935, Sp. 919–925

Die beiden Gesetze v. 28. Juni 1935 zur Änderung des Strafgesetzbuches und zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes (RGBl. I S. 839 u. 844) sind mit Recht als bahnbrechende Neuerungen empfunden worden. Der Gedanke einer freieren, auf innere Gerechtigkeit statt äußerliche Gesetzlichkeit gerichteten Methode hat in dem Heimat- und Kerngebiet einer besonders vorsichtigen Tatbestandsmäßigkeit, im Straf- und Strafverfahrensrecht, einen großen Sieg errungen. Die Aufhebung des sog. Analogieverbots im Strafrecht bezeichnet sich selbst als Einführung der „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze“; in den Überschriften des zweiten Gesetzes klingt das Wort „frei“ fast wie eine ständige Mahnung des Gesetzgebers immer wieder durch: „freiere Stellung des Richters“, „freieres Ermessen der Gerichte bei Beweiserhebung“, „Beseitigung von einseitigen Bindungen des Rechtsmittelgerichts“, „Befreiung des Reichsgerichts von Bindungen an alte Urteile“, „freiere Stellung der Staatsanwaltschaft“. Wenn das für die Gesetzeshandhabung im Straf- und Strafverfahrensrecht gilt, muß es sich für andere Rechtsgebiete noch stärker und selbstverständlicher auswirken.

Hier ist also ein neuer Geist durchgedrungen. Trotzdem nennen diese bahnbrechenden neuen Gesetze sich selbst nur „Gesetze zur Änderung“ eines Strafgesetzbuches von 1871 und von Justizgesetzen, die auf das Jahr 1879 zurückgehen. Sie geben sich, nach ihrer Überschrift zu schließen, als bloße „Novellen“. Das fordert die Frage heraus, wie sich der heutige Gesetzgeber zu einer umfassenden und systematischen Gesamtregelung des neuen Rechts, zu einer Kodifikation stellt. Die Frage erhebt sich für alle wichtigen Gebiete, nicht nur für das Strafrecht, sondern auch das Beamtenrecht, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Staatsbürgerrecht, Eigentum und Enteignung und viele andere wichtigen Gebiete, für welche die Ministerien und ihre Referenten, die Ausschüsse der Akademie für Deutsches Recht und der BNSDJ bereits bedeutende Vorarbeiten geleistet haben. Angesichts der zahlreichen, oft unübersichtlichen Einzelregelungen der letzten Jahre tritt die Frage der sog. Kodifikation wichtiger Rechtsgebiete immer stärker in den Mittelpunkt unseres Interesses. Sie wird zu einer Grundfrage unserer Gesetzgebungspra-

xis überhaupt und zu einem Prüfstein der Rechtserneuerung. Denn das entscheidende Verhältnis von Gesetz und Richter wird wesentlich durch die Art des Gesetzes bestimmt. Den verschiedenen Typen des Gesetzes und des Gesetzgebers sind bestimmte verschiedene Typen des Richters zugeordnet.

I. Lassen wir allgemeine Betrachtungen über den „Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung" beiseite. Jede lebendige Zeit hat diesen Beruf. Gegenüber *Savigny*, der diesen Beruf für seine Zeit verneinte, bin ich durchaus der Meinung *Hegels*, der sagte: „Einer gebildeten Nation oder dem Juristenstand in derselben die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen, wäre einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angetan werden könnte"[1]. Etwas anderes aber ist die Frage, in welchen Formen sich die Fähigkeit zur Gesetzgebung jeweils betätigt. Diese praktisch wichtigste Frage wird heute vielfach auf die Alternative „Kodifikation oder Novelle" gebracht und erhält dadurch eine ganz bestimmte Richtung. Sie stellt den Gesetzgeber vor ein Dilemma und zwingt ihn, sich entweder gleich an das Werk ganzer Kodifikationen zu machen und den bisherigen liberalen Gesetzbüchern ebensolche nationalsozialistischen Gesetzbücher entgegenzustellen, oder sich mit bloßen Novellen zu begnügen, die im Rahmen und auf der Grundlage der früheren Kodifikationen verbleiben. Dadurch entsteht der Eindruck, als erschöpfe sich die Neugestaltung des Rechts, solange keine neue Kodifikation vorliegt, in bloßen Korrekturen und einem opportunen Flickwerk. Das alte Gebäude wird beibehalten, und einzelne Zimmer werden renoviert. Dieser dem Bauwesen und der Architektur entnommene Vergleich ist in der Rede von Professor *Justus Hedemann* auf der letzten Tagung der Akademie für Deutsches Recht in München am 27. Juni 1935 in geistvoller Weise ausgeführt worden.

Ich halte die Fragestellung: Kodifikation oder Novelle? samt allen zugehörigen Folgerungen und Vergleichen für unrichtig. Sie läßt die heutigen gesetzgeberischen Aufgaben in einem falschen Licht erscheinen. Denn sie unterwirft uns mit Hilfe des feststehenden Begriffs der Kodifikation den Maßstäben eines Gesetzgebungsideals, das geschichtlich überholt und für unsere gegenwärtigen Aufgaben nicht brauchbar ist. Der Begriff der Kodifikation wird für uns natürlicherweise durch das bestimmt, was wir an Kodifikationen vor Augen haben: das Strafgesetzbuch von 1871, das BGB von 1896, die Justizgesetze von 1879, die Weimarer Verfassung von 1919 usw., kurz, durch die typischen Ergebnisse eines liberal-individualistisch und durchaus normativistisch denkenden Jahrhunderts. Gehen wir noch weiter zurück, so tritt uns eine großartige, das ganze öffentliche wie private Recht umfassende Kodifikation, das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, entgegen, die das Ergebnis eines vernunftrechtlichen Jahrhunderts ist. Wie man auch immer den Begriff der gesetzgeberischen Kodifikation im einzelnen definiert und ab-

[1] Rechtsphilosophie § 211.

grenzt, angesichts dieser geschichtlichen Beispiele steht fest, daß die Kodifikation eine bestimmte Auslegungsmethode, ein bestimmtes Verhalten des Richters zum Gesetz und damit einen bestimmten Typus des Richters voraussetzt. Zur Kodifikation gehört der grundsätzliche Anspruch, ein Sachgebiet, eine „Materie", in wissenschaftlich-systematischer Normierung und tatbestandsmäßiger Umschreibung erschöpfend zu regeln. Eine Summe von Generalklauseln und unbestimmten Begriffen oder eine Reihe von Leitsätzen wäre keine Kodifikation. Bei einer Kodifikation darf dem Richter keine wesentliche Mitarbeit übrigbleiben. Die jeder Kodifikation innewohnende Fiktion des lückenlosen, in sich geschlossenen, wissenschaftlichen „Systems" bedeutet, daß das positive Recht dort aufhört, wo die tatbestandsmäßige Normierung des kodifizierenden Gesetzgebers aufhört, und an dieser Grenze für Individuum und Gesellschaft ein „freier Raum" beginnt, in dem alles erlaubt und recht ist, was der Gesetzgeber nicht ausdrücklich verboten hat. Wir wissen längst, daß die Lückenlosigkeit des Gesetzes eine leere Fiktion ist. Die Praxis des bürgerlichen Rechts weiß sich in normalen Zeiten mit Auslegungen und Analogien aller Art zu helfen. Wo es aber Ernst wird, im Strafrecht oder auf anderen Gebieten des öffentlichen Rechts, aber auch im bürgerlichen Recht, sobald ein Wandel der Weltanschauung eintritt, zeigt sich die auf grundsätzliche Unfreiheit des Richters angelegte Art der gesetzgeberischen Kodifikation. Sie strebt danach, in einer festen Tatbestandsmäßigkeit alle „Eingriffsmöglichkeiten" zu erfassen. Je besser und stilgerechter daher die Kodifikation, um so stärker ihr Mißtrauen gegen den Richter und um so offener nicht nur das Analogieverbot, sondern das Verbot jeder Auslegung überhaupt. Das Preußische Allgemeine Landrecht war hier durchaus folgerichtig und entsprach dem Stilprinzip der Kodifikation, die Gesetzesgebundenheit und Gesetzesauslegung als Gegensätze empfindet. Der Richter soll dem Gesetz gehorchen, nicht das Gesetz auslegen, er soll das Gesetz anwenden, nicht daran deuten. Judicem legi parere, non legem interpretari oportet. Die Praxis des täglichen Lebens führt allerdings zu einem Kompromiß und zu nicht immer ganz klaren Auslegungsmethoden. Aber das Analogieverbot im Strafrecht enthüllt den Kern des Kodifikationsproblems: beim Fehlen eines gesetzlichen Tatbestandes muß der Richter den Täter positiv freisprechen und ihm dadurch bescheinigen, daß er nicht gesetzwidrig, also rechtmäßig gehandelt hat; der Richter darf nicht etwa mangels eines gesetzlichen Tatbestandes die Entscheidung ablehnen, er muß freisprechen, weil alles, was außerhalb der gesetzlichen Normierung vor sich geht, in einen in jeder Hinsicht „freien" Raum fällt.

Die gesetzgeberische Kodifikation war ein durchaus normativistisches Gesetzgebungsideal. Sie setzte in ganz besonderer Weise eine bestimmte „Reife" der Zeit und der Materie voraus. Eine Kodifikation hat nur dann Aussicht auf praktischen Erfolg, wenn sie das rückschauend zusammenfassende Ergebnis einer längeren Entwicklung ist und diese in einem bestimmten

Zeitpunkt fixiert. Die liberalen Kodifikationen der 70er Jahre haben das Ergebnis der liberalen Bewegung von etwa 50 Jahren zusammengefaßt. Selbst eine verhältnismäßig kleine Kodifikation, wie das preußische Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. Juni 1931, ist das systematisierende Résumé einer fünfzigjährigen Praxis des Preußischen OVG und der liberalen Verwaltungsrechtswissenschaft; sie entscheidet einige Kontroversen und wirkt in den Hauptteilen ganz wie ein wissenschaftliches Lehrbuch. Mit anderen Worten: die Kodifikation steht immer am Ende einer Entwicklung. Sie fällt wie eine reife Frucht vom Baum der juristischen Gedankenarbeit mehrerer Generationen.

Die heutige Gesetzgebungsarbeit aber steht nicht am Ende, sondern am Anfang einer Epoche. Sie will nicht das Alte kodifizieren und dadurch sanktionieren, sondern neuen Gedanken Bahn schaffen. Soweit es sich um völlig neue Materien handelt, wie im Reichserbhofrecht, Reichsnährstandgesetz, Reichskulturkammergesetz usw., wird man die Alternative: Kodifikation oder Novelle? nicht stellen können. Wo es sich aber um die Weiterführung von Sachgebieten handelt, die in einer längeren juristischen Überlieferung und Gewohnheit zusammengefaßt und sozusagen stereotypisiert sind, im Strafrecht, Prozeßrecht, Beamtenrecht usw., kann diese Alternative gefährlich werden und eine richtige Beurteilung der neuen Gesetzgebungsarbeit verhindern.

II. In Wirklichkeit hat die Praxis der nationalsozialistischen Gesetzgebung das Dilemma von Kodifikation und Novelle längst überwunden. Es hat sich ein eigener Stil der Gesetzgebung entwickelt, der bereits feste Kennzeichen aufweist und das Verhältnis von Gesetz und Richter anders bestimmt, als es in dem Begriff der Kodifikation oder dem der Novelle vorausgesetzt ist. Ein erstes, besonders wichtiges Kennzeichen des neuen Stils sind die richtunggebenden, das Gesetz tragenden *Leitsätze*, die der Gesetzgeber den Einzelnormierungen seines Gesetzes oder auch den späteren Durchführungsbestimmungen vorausschickt. Solche Leitsätze werden heute meistens noch „Vorsprüche“ oder „Präambeln“ genannt, sind aber mehr und etwas anderes, als mit diesem Ausdruck bezeichnet ist. Das Erbhofgesetz hat das erste, eindringlichste Beispiel gegeben; fast jedes neue Gesetz hat diese Methode bestätigt und vertieft; die Einleitung des Reichsnaturschutzgesetzes vom 26. Juni 1935 (RGBl. I S. 821) ist wohl das neueste Beispiel der Leitsatzpraxis. Diese bedarf noch einer vergleichenden Untersuchung; ihre grundsätzliche Bedeutung steht aber bereits fest und liegt darin, daß sie weder mit dem Begriff der Kodifikation noch dem der Novelle faßbar ist. Für die bisherige positivistische Kodifikation war ein vorangestellter „Allgemeiner Teil“ mit abstrakten Allgemeinbegriffen charakteristisch. Die Leitsätze dagegen sind kein allgemeiner Teil im Sinne dieses früheren Gesetzgebungsstils; sie sind keine abstrakten, ausgeklammerten Begriffe, sondern konkrete Richtlinien, die in einer authentischen Weise den *Plan* und die *Zielrichtung* des Gesetzgebers mitteilen und dadurch sowohl die Handhabung und Auslegung der ihnen folgenden Nor-

mierungen, wie auch die geistige Haltung und Gesinnung des mit ihnen befaßten Juristen bestimmen. Aus ihnen ergeben sich die Voraussetzungen, unter denen eine praktische oder theoretische Beschäftigung mit einem solchen Gesetz allein zu juristisch richtigen Ergebnissen kommen kann. Die für den früheren Positivismus so bezeichnenden Bemühungen, den „unverbindlichen Gesetzesinhalt" vom verbindlichen zu trennen, werden durch die Praxis der Leitsätze in ihrer ganzen Unfruchtbarkeit enthüllt. Die Methode der Leitsätze überwindet auch die für das bisherige positivistische Denken typische Gegensätzlichkeit von „bloßem Programm" und „positivem Recht". Bekanntlich hatte die Rechtslehre des letzten halben Jahrhunderts in Deutschland gerade diesen Gegensatz scharf und schneidend herausgestellt; sie konnte sich nicht genug tun in höhnischen und ironischen Formulierungen, um die „positivrechtliche Belanglosigkeit" von Grundsätzen und Programmen recht deutlich zu machen. Man sprach von „frommen Wünschen", „Monologen des Gesetzgebers" usw. Es galt schon als ein Fortschritt, als man die „interpretative" Bedeutung der Grundrechte der Weimarer Verfassung entdeckte. Die Leitsätze des heutigen Gesetzgebers sind unmittelbar und in der intensivsten Weise *positives Recht*. Sie sind auch *echte Revisionsnormen*. Sie geben dem Richter eine neue Bindung und eine neue Freiheit. Der kleinste Rückfall in die bisherigen Distinktionen von „bloßem Programm" und „positivem Gesetz" würde eine unbeschreibliche Verwirrung anrichten und den in solchen Leitsätzen enthaltenen Ansatz zu einem neuen Gesetzgebungsstil vernichten.

Ein anderes Beispiel der neuen, die Alternative von Kodifikation und Novelle überwindenden Gesetzgebungsart sind die Gesetze, die sich zwar äußerlich als bloße „Änderungen" geben, in der Sache aber das geänderte Gesetz im Ganzen *umwandeln*, indem sie tragende Bestimmungen des alten Gesetzes durch neue ersetzen. Hierfür sind die sog. Gleichschaltungsgesetze v. 30. März und 7. April 1933 die ersten Beispiele. Bei späteren verfassungsrechtl. Regelungen, z. B. dem Ges. z. Sicherung d. Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933, würde wohl niemand auf den Gedanken kommen, sie als „Novellen zur Weimarer Verfassung" zu behandeln. Die eingangs erwähnten Gesetze v. 28. Juni 1935 sind ebenfalls wichtige Beispiele echter Umwandlungsgesetze. Sie schaffen kein neues Strafgesetzbuch, wohl aber ein neues Strafrecht, indem sie das Analogie*verbot* aufheben, durch ein Analogie*gebot* ersetzen und eine rechtsschöpferische Mitarbeit des Richters erwarten. Sie heben dadurch das bisherige Strafgesetzbuch aus den Angeln. Das ist eine fundamentale Wandlung, nicht eine bloße „Änderung". Ein Strafgesetzbuch mit Analogie*verbot* und ein solches mit Analogie*gebot* sind nicht mehr identisch dasselbe Strafgesetzbuch. Hier liegt ganz offensichtlich mehr als eine äußerliche „Gleich-" oder „Umschaltung" vor. Auch die mit unverändertem Wortlaut weitergeführten Regelungen stehen jetzt auf einer anderen Grundlage und in einem anderen juristischen Gesamtrahmen und erhalten

dadurch einen neuen Inhalt. Hier gilt entsprechend, was *K. Waldmann* (DJZ 1935 Sp. 791) von einem nationalsozialistischen Patentrecht sagt: es sei wesenhaft anders als bisher, „auch wenn die technischen Paragraphenbestimmungen wörtlich unverändert bleiben“.

Wird der Umwandlungscharakter eines solchen Gesetzes nicht beachtet, so erscheint der Gesetzgeber in der Rolle eines nachhinkenden Korrektors einzelner richterlicher Urteile, die dem gesunden Volksempfinden widersprechen. Eine ganze Reihe von Gesetzen der letzten beiden Jahre sind in der Tat die Antwort des Gesetzgebers auf ganz bestimmte unrichtige Entscheidungen einer Rechtspraxis, die sich in alten Begriffen und Methoden verschanzt hatte und die bei größerer Beachtung des Volksempfindens und freierer Auffassung ihres Verhältnisses zum Gesetz auch ohne Gesetzesänderung zu dem richtigen Ergebnisse hätte kommen können, wie z. B. das Amtsgericht Wetzlar in der Frage des standesamtlichen Aufgebots von Mischehen auch ohne Gesetzesänderung zu einem richtigen Ergebnis gekommen ist (DJZ 1935 Sp. 876). Die alte Methode der richterlichen Praxis aber drängt den Gesetzgeber fortwährend dahin, unrichtige Urteile zu korrigieren und dadurch schließlich in das falsche Licht einer gesetzgeberischen Kabinettsjustiz zu geraten. Der Gesetzgeber ist dann nicht mehr Führer und führend, sondern folgt nur einem Richter, der, unter Berufung auf seine Gesetzesgebundenheit, mit einem höflichen „Nach Ihnen!“ dem Gesetzgeber den Vortritt läßt.

Wer die Eigenart des neuen Typus der Umwandlungsgesetze verkennt, muß auch zu einer falschen und ungerechten Kritik der Regelung vom 28. Juni 1935 kommen. Er muß z. B. einen Widerspruch darin finden, daß das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches auf der einen Seite das Analogieverbot aufhebt, auf der anderen Seite aber gleichzeitig, z. B. in der Bestimmung seines Artikels VIII über Automatenmißbrauch, selbst wieder deskriptiv genau einen Tatbestand für einen Fall umschreibt, der bisher nur deshalb straflos geblieben ist, weil die Gerichte sich an das Analogieverbot gehalten haben. Scheinbar fällt der Gesetzgeber hier in die Kasuistik des alten Positivismus zurück und tut er nichts anderes, als etwa der Gesetzgeber des Gesetzes betr. die Bestrafung der Entziehung elektr. Arbeit v. 9. Apr. 1900. Aber der Gesetzgeber dieses Elektrizitätsdiebstahlgesetzes wollte nichts, als eine „Lücke“ im Tatbestand des § 242 ausfüllen. Der Gesetzgeber des Art. VIII dagegen sucht, durch einen bestimmten Fall veranlaßt, einen neuen typischen Tatbestand zu schaffen, der seinerseits Ausgangspunkt der entsprechenden Anwendungen nach § 2 werden kann[1a]. Er erfüllt damit für einen besonderen Fall die uns sowohl im Strafrecht wie auf anderen Rechtsgebieten obliegende Pflicht, neue, der Gegenwart entsprechende Typisierungen zu finden, wie das z. B., von der Seite der Wissenschaft her, in der Arbeitstagung der Fachgruppe

[1a] Vgl. *L. Schäfer*, Dt. Just. 1935, 997.

Hochschullehrer im BNSDJ für das bisherige Sachgebiet „Eigentum und Enteignung“ versucht worden ist (DJZ 1935 Sp. 813).

III. Heute ist das Gesetz *Wille und Plan des Führers*. Das bedeutet nicht, daß der Wille des Führers als der Wille eines absoluten Fürsten des 18. Jahrhunderts aufgefaßt und auf das Verhältnis des richterlichen Beamten zu diesem Willen alles das an Methoden und Verhaltungsweisen übertragen wird, was sich in anderen Zeiten und Verfassungslagen für einen ganz anderen Typus der Gesetzgebung herausgebildet hat. Der heutige Gesetzgeber sieht im deutschen Richter den Mitarbeiter des Führerwillens und -planes. Auch der Richter steht in der Volksgemeinschaft, die eine Gefolgschaft des Führers ist. Mit der Art der Gesetzgebung wandeln sich auch die Vorstellungen vom Richter. Wenn wir diesen neuen Charakter unserer Gesetze im Auge behalten, werden wir uns ohne große Mühe von alten Fragestellungen frei machen können. Der Gesetzgeber führt, der Richter folgt ihm an der Hand eines Gesetzes, das weder der Imperativ eines absoluten Fürsten, noch das Kompromißergebnis eines parlamentarischen Parteihandels, sondern Wille und Plan des Führers der deutschen Volksgemeinschaft ist. Mit diesem Gesetzesbegriff nehmen wir einen Gedanken auf, den ein großer deutscher Richter und Jurist, *Oskar Bülow*, seiner Schrift „Gesetz und Richteramt“ zugrunde gelegt hat, und auf den schon früher in dieser Zeitschrift hingewiesen wurde[2]. Als Bülows Schrift erschien, 1885, begann allerdings gerade die Herrschaft der schlimmsten normativistischen Verkrampfung, die mit dem fruchtbaren Gedanken, daß das Gesetz ein Plan ist, nichts anzufangen wußte. Es begann die Zeit, die *Theodor von der Pfordten* in seinem erschütternden Aufruf „An die Gebildeten deutschen Blutes“ gekennzeichnet hat[3]. Auch die Bemühungen der sog. Freirechtsbewegung konnten nichts Wesentliches daran ändern, weil weder die Kraft völkischen Bewußtseins, noch die Verfassungslage der Zeit einen Durchbruch erlaubte. Heute ist eine andere Zeit gekommen. Der Richter im Führerstaat ist an das Gesetz gebunden, aber dieses Gesetz hat eine andere innere Struktur als das Gesetz anderer Verfassungslagen. Für den Gesetzgeber des Führerstaates ist der Richter ein Mitarbeiter am Recht. Infolgedessen bildet sich auch ein anderer Stil der Gesetzgebung heraus, für dessen Kennzeichnung hier auf die Praxis der Leitsätze und die Besonderheit der Umwandlungsgesetze hingewiesen worden ist. Rechtspraxis und Rechtslehre haben heute die Pflicht, sich der Bedeutung des neuen Gesetzesbegriffs rechtzeitig bewußt zu werden und die Eigenart des neuen Gesetzgebungsstils richtig zu verstehen, damit wir uns von der Herrschaft toter, geschichtlich und weltanschaulich überwundener Gesetzgebungsideale befreien können.

---

[2] DJZ 1934 Sp. 1430.

[3] *Theodor von der Pforten*, An die Deutsche Nation, 5 Aufsätze, herausgegeben von *Hans Frank*, 1933, S. 61.

39. Die Verfassung der Freiheit

Deutsche Juristen-Zeitung, 40. Jg., H. 19, 1. Oktober 1935, Sp. 1133–1135

Am 15. September 1935 hat der Deutsche Reichstag auf dem Reichsparteitag der Freiheit das Reichsflaggengesetz, das Reichsbürgergesetz und das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre beschlossen.

Dieser Reichstag war etwas anderes und mehr als das Parlament eines Verfassungskompromisses, und auch seine Gesetze sind deshalb etwas anderes und mehr als die Diskussions- und Koalitionsprodukte eines Vielparteiensystems. Der auf dem Reichsparteitag versammelte Reichstag war das von der nationalsozialistischen Bewegung getragene, dem Führer *Adolf Hitler* folgende deutsche Volk selbst; seine Gesetze sind seit Jahrhunderten die erste deutsche Verfassung der Freiheit.

Jahrhundertelang kannte das deutsche Volk statt der Freiheit nur Libertäten oder Liberalismus. Die Libertäten der deutschen Verfassung des 17. und 18. Jahrhunderts gewährleisteten allen innen- und außenpolitischen Nutznießern dieses traurigen Zustandes die staatliche Zerrissenheit unseres Volkes. Die liberalen Freiheiten der Verfassungen des 19. Jahrhunderts wurden von den internationalen Mächten dazu benutzt, um die konfessionelle und klassenmäßige Aufspaltung des deutschen Volkes zu einem Grundrecht zu erheben. So war die verfassungsmäßige Freiheit eine Waffe und Parole aller Feinde und Parasiten Deutschlands geworden. Diesen Betrug haben wir durchschaut. Wir haben erkannt, daß liberale Verfassungen zu typischen Tarnungsformen der Fremdherrschaft werden. Ein Volk kann die liberalste Verfassung der Welt haben und doch nur eine Herde von Zins- und Lohnsklaven sein. Und eine Verfassung kann, wie es heute uns widerfährt, von der ganzen Internationale des Liberalismus und Marxismus als mittelalterlich verhöhnt und verschrien werden und gerade dadurch den Beweis erbringen, daß ein Volk sich zu seiner eigenen Art gefunden und aus geistiger Fremdherrschaft befreit hat.

Zum ersten Male seit vielen Jahrhunderten sind die Begriffe unserer Verfassung wieder deutsch. Wir wollen unsere liberalen Ahnen nicht herabsetzen. Sie waren Deutsche und gehören zu uns. Durch die Irrtümer ihrer liberalen Anschauungen hindurch ist auch bei ihnen die deutsche Substanz erkennbar und die Stimme des deutschen Blutes oft vernehmbar. Welcher deutsche Jurist könnte heute nicht einen Lorenz von Stein von einem Stahl-

Jolson, einen Rudolf Gneist von einem Lasker, einen Otto Bähr von einem Jakoby, einen Rudolph Sohm von einem Friedberg unterscheiden? Schwarz-weiß-rot, die durch den Krieg geweihten Farben des zweiten Reiches, führen wir in Ehrfurcht weiter. Aber das Rechts- und Verfassungsdenken unserer liberalen Väter und Großväter können wir nicht weiterführen. Es war ganz in das Begriffsnetz undeutscher Systeme verstrickt. Was sie als Verfassungsrecht ansahen, war englisch-französisches Rezeptionsrecht. Sie verwechselten die deutsche Freiheit mit dem Programm einer Fortschrittspartei und überdeckten den bürgerlich-legitimistischen Kompromiß mit neutralen Allgemeinbegriffen. Ihre Verfassungen waren Konstitutionen; ihre Reichs- und Landtage Parlamente. Ihr Staatsbürger war eine mißlungene Übertragung des Citoyen. Ihre Verfassungen sprachen nicht von deutschem Blut und deutscher Ehre. Das Wort Deutscher kommt nur vor, um zu betonen, daß „alle Deutschen vor dem Gesetze gleich" sind. Aber dieser Satz, der seinen richtigen Sinn in einem substanzhaft-völkischen Begriff von Deutsch gehabt hätte, diente im Gegenteil dazu, Artungleiche den Deutschen gleich zu behandeln und jeden, der vor dem Gesetz gleich war, als einen Deutschen anzusehen. So wurde das Volk zur Summe der Staatsangehörigen, der Staat zur unsichtbaren juristischen Person. Kann es uns noch wundern, daß die Flagge des nationalliberalen Deutschland ein dem Muster der Trikolore entsprechendes Nebeneinander von Farben war, ohne die Kraft eines echten Zeichens?

Heute ist das deutsche Volk auch im Rechtssinne wieder deutsches Volk geworden. Nach den Gesetzen vom 15. September sind deutsches Blut und deutsche Ehre Hauptbegriffe unseres Rechts. Der Staat ist jetzt ein Mittel der völkischen Kraft und Einheit. Das Deutsche Reich hat eine einzige Flagge, die Fahne der nationalsozialistischen Bewegung, und diese Flagge ist nicht nur aus Farben zusammengesetzt, sondern hat ein großes, echtes Zeichen, das völkerbeschwörende Zeichen des Hakenkreuzes.

Noch eine weitere verfassungsrechtliche Entscheidung ist auf dem Reichsparteitag der Freiheit gefallen. Der Führer hat für den Fall, daß die jetzige Regelung der Lage der Juden nicht zum Ziel führe, die Möglichkeit einer neuen Überprüfung erwähnt und hierfür in Aussicht gestellt, daß alsdann die Lösung dieser Frage durch Gesetz der Partei übertragen werde. Das ist eine ernste Warnung. Damit ist die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei zum Wächter des völkischen Heiligtums, zum Hüter der Verfassung erklärt.

Die Fundamente unserer völkischen Ordnung stehen jetzt fest: Das deutsche Volk mit seinem Führer als Staatsoberhaupt und oberstem Gerichtsherrn der Nation; der Orden der nationalsozialistischen Bewegung als der Hüter unserer Verfassung; die deutsche Wehrmacht mit dem Führer als dem obersten Befehlshaber. Für die deutschen Juristen beginnen damit große neue Aufgaben. Als der deutsche Rechtsstand haben wir das in jenen Gesetzen

klargestellte Recht des deutschen Volkes zu wahren. Die Warnung des Führers ist auch an uns gerichtet. Unser Recht soll nicht dem herzlosen Dämon der Entartung verfallen. Jene Gesetze dürfen für uns nicht bloße Präambeln kommender Durchführungsbestimmungen sein. Sie sind auch nicht bloß drei einzelne wichtige Gesetze neben anderen wichtigen Gesetzen. Sie umfassen und durchdringen unser ganzes Recht. Von ihnen aus bestimmt sich, was für uns Sittlichkeit und öffentliche Ordnung, Anstand und gute Sitten genannt werden kann. Sie sind die Verfassung der Freiheit, der Kern unseres heutigen deutschen Rechts. Alles, was wir als deutsche Juristen tun, erhält von ihnen her seinen Sinn und seine Ehre.

40. Der Rechtsstaat

Hans Frank (Hg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. Zentralverlag der NSDAP, Franz Eher Nachf., München 1935, S. 24–32

Einleitung

Wort und Begriff des Rechtsstaates sind lebhaft umstritten. Es ist dem Denken und Empfinden aller gesunden Völker zu allen Zeiten selbstverständlich gewesen, daß Recht und Gerechtigkeit geübt werden und der Staat im Dienste des Rechts stehen muß. Das Problem des Rechtsstaats dagegen ist neu und entsteht erst durch die Unterscheidung von Gerechtigkeit und positiver staatlicher Legalität. Als sprachliche Bildung ist das Wort Rechtsstaat deshalb neu; in der deutschen Sprache wird es erst im Laufe des 19. Jahrhunderts gebräuchlich. Gewöhnlich wird Robert *Mohl* als derjenige bezeichnet, der es durch sein Buch „Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats", Tübingen 1832, in die Rechtswissenschaft eingeführt habe[1]. Doch finden sich auch schon vor diesem Jahre Beispiele für den Gebrauch des Wortes; so spricht der romantische Staatsphilosoph *Adam Müller* (in seinen „Deutschen Staats-Anzeigen" Band 2, S. 33, Leipzig 1817), von den Schwierigkeiten, mit denen ein „Geld-, Kriegs- und Beamten-Staat" zu kämpfen habe, „um sich wieder zu der Würde eines Rechts-Staates zu erheben". In früheren Jahrhunderten, die den Gegensatz von Gerechtigkeit und positivem, staatlich gesetztem Recht nicht mit der Schärfe empfanden, die sich im Laufe des 19. Jahrhunderts entwickelte, ist die Wortbildung Rechtsstaat nicht bekannt. Die ausländische Literatur des 19. Jahrhunderts hat das Wort hauptsächlich unter dem Einfluß von Georg Jellinek seit dem Ende des 19. Jahrhunderts übernommen als „*État de droit*" oder „*État juridique*" im Französischen (z. B. Hauriou und Duguit), als *Stato di diritto, Stato giuridico* und *Stato legale* im Italienischen (z. B. Orlando, Santi Romano, Del Vecchio), als *Estado de derecho* im Spanischen (z. B. del Valle Pascual). Auch in der russischen Rechtsgeschichte hat sich der Gegensatz von liberalen „Westlern" und völkischen Slavophilen in dem Gegensatz von Rechtsstaat *(Prawowoje Gosudarstwo)* und Gerechtigkeitsstaat *(Gosudarstwo Prawdy)* geäußert[2].

---

[1] Vgl. auch *R. Thoma,* Jahrbuch d. öffl. Rechts IV (1910), S. 197, Anm. 2.

[2] Den Hinweis auf diese wichtige Parallele in der russischen Rechtsentwicklung verdanke ich Herrn Professor Leontowitsch, Berlin.

Die Klagen über die Vieldeutigkeit und den Mißbrauch des Wortes Rechtsstaat sind allgemein. Eindringlich und erschütternd hat der große Volksdichter *J. Gotthelf* die Idee des Rechtsstaats als die „Quelle alles Übels" und die „legale Sanktion der Selbstsucht" gekennzeichnet (DJZ v. 15. Oktober 1934, Sp. 1259). Ein großer Staatsmann wie *Otto von Bismarck* bezeichnet das Wort Rechtsstaat als einen „von Robert von Mohl erfundenen Kunstausdruck, von dem noch keine einen politischen Kopf befriedigende Definition und keine Übersetzung in andere Sprachen gegeben sei"[3]. Die Schwierigkeit einer eindeutigen Übersetzung ergibt sich schon daraus, daß z.B. im Italienischen *Stato di diritto, Stato giuridico* und *governo legale* unterschieden werden, um den Begriff deutlich zu machen. Für den französischen Sprachgebrauch gilt Ähnliches, wie Haurious Ausführungen in seinen *Principes de Droit public* (2. Aufl. 1916, S. 12 ff.) zeigen. Im Grunde hat Bismarck also auch hier Recht behalten. In der fachwissenschaftlichen Literatur aller Länder haben die Klagen über die Verwirrung dieses Wortes nicht aufgehört[4]. Trotzdem hat sich das Wort sowohl in der juristischen Fachsprache wie auch im populären Sprachgebrauch durchgesetzt.

Rechtsstaat als polemisch-politischer Begriff

Seine Beliebtheit und Verbreitung verdankt das Wort vor allem dem Umstand, daß es sich als eine wirksame Bezeichnung für verschiedenartige und ganz entgegengesetzte Auffassungen von Recht und Staat gebrauchen läßt. Selbstverständlich gibt es keinen Staat, der sich offen als Unrechtsstaat bekennt, und insofern will jeder Staat ein Rechtsstaat sein. In dem Bereich der politischen Auseinandersetzung erhält das Wort daher seine Klarheit und Bestimmtheit erst durch einen bestimmten Gegenbegriff. Für gewöhnlich ist das, namentlich in der liberalen Polemik, der *Machtstaat.* In dieser Bedeutung hat es der Liberalismus ein Jahrhundert lang verstanden, jeden nicht-liberalen Staat, mag es sich um eine absolute Monarchie, einen faschistischen, nationalsozialistischen oder bolschewistischen Staat handeln, unterschiedslos

---

[3] Brief an den Kultusminister von Goßler vom 25. November 1881, mitgeteilt von *Joh. Heckel,* Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Kanonistische Abt., XIX 1930, S. 268 ff.; vgl. *Carl Schmitt,* Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches, Hamburg 1934, S. 21.

[4] *Bluntschli,* Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl. 1868, S. 69 ff.; *H. Schulze,* Deutsches Staatsrecht, 1867, S. 145; *Krieken,* Über die sog. organische Staatstheorie, 1873; vgl. auch *O. Mayers* Bemerkung zu Gierkes Begriff des Rechtsstaates: „Viel mehr als eine bloße Umschreibung des Namens wird uns auf diese Weise nicht gegeben." Raggi spricht vom Rechtsstaat als einem „*concetto perturbatore e superfluo per la scienza*".

als Nicht-Rechtsstaat und damit als Unrechtsstaat hinzustellen[5]. Als andere Gegenbegriffe gegen den Rechtsstaat kommen vor: Beamtenstaat, Geldstaat, Wohlfahrtsstaat (vgl. das obige Zitat von Adam Müller) und vor allem *Polizeistaat.* Der Gegensatz von Rechtsstaat und Polizeistaat ist seit dem Lehrbuch des Verwaltungsrechts von Otto Mayer (1. Aufl. 1890) als ein Dogma in die deutsche Verwaltungsrechtslehre übergegangen und wird in allen liberalen Lehrbüchern des Verwaltungsrechts (Fleiner, W. Jellinek, Hatschek) kritiklos wiederholt, obwohl bereits R. Mohl selbst (Encyklopädie, 1872, S. 88) gegen das Gerede über den Gegensatz von Rechts- und Polizeistaat protestiert hat und R. Gneist (Die nationale Rechtsidee von den Ständen, Berlin 1894, S. 95) gerade den deutschen Staat des 18. Jahrhunderts, also den angeblichen „Polizeistaat", als vorbildlichen Rechtsstaat hinstellte, worüber sich dann wieder Otto Mayer (Verwaltungsrecht I, S. 45, Anm. 15) lustig macht. Ein ausgezeichneter Kenner des deutschen Verwaltungsrechts, *W. Hofacker,* hat die pseudowissenschaftliche Manier dieser vermeintlich unpolitischen Antithesen von Polizeistaat des 18. Jahrhunderts und liberalem Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts vortrefflich widerlegt[6]. Eine andere Antithese machte aus dem Rechtsstaat den Gegensatz zum *Feudalstaat* (so der Rechtshistoriker Felix *Dahn* und der Staatsrechtslehrer *Bluntschli*); diese polemische Verwendung des Wortes ist aus dem Kampf des politischen Bürgertums gegen die „feudale" preußische Militär- und Beamtenmonarchie, also aus der Lage des 19. Jahrhunderts, zu verstehen. Im übrigen wird gerade der feudale mittelalterliche Staat von den Historikern als ein reiner Rechtsstaat im Sinne eines bloßen „Rechtsbewahrstaats" (Fritz Kern) hingestellt. Er ist auch an dieser Eigenschaft zugrunde gegangen.

Durch Beiworte wie „christlicher", „bürgerlicher", „nationaler" oder „sozialer" Rechtsstaat läßt sich sowohl ein Gegentypus gegen den bisher herrschenden liberalen Rechtsstaat wie auch eine bloße Modifikation dieses liberalen Rechtsstaats bezeichnen. So konnte unter dem Weimarer System der Weimarer Staat von der Zentrumspartei als christlicher, von der deutschen Volkspartei als nationaler, von Sozialdemokraten als sozialer Rechtsstaat gedeutet werden. Für die letzte Möglichkeit enthält die Schrift des sozialdemokratischen Professors Hermann Heller: Rechtsstaat oder Diktatur?, Tübingen 1930, ein aufschlußreiches Beispiel.[7]

---

[5] Das Buch von *Darmstaedter*, Rechtsstaat oder Machtstaat?, Berlin 1932, ist ein besonderes Beispiel für die Überheblichkeit, mit der ein volksfremder Liberalismus *seine* Begriffe von Staat und Recht als „Rechtsstaat" und alle andern Vorstellungen als „Machtstaat" hinstellt.

[6] Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, 1919, S. 47.

[7] Vom „nationalen Rechtsstaat" im Sinne eines Gegentypus sprechen: *O. Koellreutter,* Der nationale Rechtsstaat, Tübingen 1932 (S. 26: Die für den Rechtsstaatsbegriff als solchen gefährliche Einseitigkeit Freislers liegt darin, daß er in der Ge-

Rechtsstaat als rechtsphilosophischer Begriff

Unter einem Rechtsstaat kann ein in seiner *gesamten Anlage als Ganzes* gekennzeichneter Staat verstanden werden. Dann ist ein bestimmter, materieller, sachinhaltlicher Begriff von Recht und Staat und eine bestimmte Vorstellung über das Verhältnis beider (Über- oder Unterordnung) vorausgesetzt. Der Begriff führt dann unmittelbar auf die *weltanschaulichen* Auffassungen von Recht und Staat zurück. In dem eingangs genannten Werk von R. von Mohl aus dem Jahre 1832 wird das sehr betont, wo es (S. 5) heißt: „Der religiösen Lebensrichtung des Volkes entspricht nämlich die Theokratie; der bloß sinnlichen die Despotie; der einfachen Familienansicht der patriarchalische Staat; dem sinnlich vernünftigen Lebenszwecke aber der sogenannte Rechtsstaat … Die Freiheit des Bürgers ist bei dieser Lebensansicht oberster Grundsatz.“ Im 19. Jahrhundert hat sich die liberalindividualistische Staats- und Gesellschaftsauffassung des Wortes Rechtsstaat bemächtigt. *Kants* Rechtsphilosophie, die den Staat zu einer „Rechtsanstalt“ und einem „Verein von Bürgern unter Rechtsgesetzen“ machte, wurde die philosophische Rechtfertigung eines wesentlich individualistischen Rechtsstaats. Trendelenburg (Naturrecht, 1860, S. 291) sagt darüber treffend, der Rechtsstaat werde, besonders nach Kant, zu einer „öffentlichen Anstalt zur Sicherung der persönlichen Freiheit und der Sicherheit des einzelnen, seines Eigentums und seiner Verträge“. Alle diese Theorien „ziehen den Staat unter dem Namen des Rechts nach dem Einzelwesen, damit er lediglich ihrer Freiheit, ihrer Ausbildung, ihrer Glückseligkeit diene“; ein solcher Staat könne aber auch niemals Krieg führen, weil der Krieg beides, Leben und Eigentum, gefährden und mißachten muß. Bei Lorenz von *Stein* ist allerdings der Versuch gemacht, diesen Individualismus durch *Hegels* Auffassung vom Staat als einem Reich der *Sittlichkeit* (also einem *ethischen* Staat, nicht einem bloßen Rechtsstaat) zu überwinden; Stein hebt hervor, daß der Rechtsstaat ein spezifisch deutscher Begriff ist, durch den gegenüber dem Regierungsrecht des Staates durch Gesetze, Selbstverwaltung und Recht des einzelnen eine Grenze gesetzt sei, um die Selbständigkeit dieser drei Faktoren auch gegen die Regierungsgewalt zu wahren. Ihm schließt *Gneist* sich im Grundsatz an (Der Rechtsstaat, 1872, S. 183, 184, Anm. 2). Aber die rein individualistische liberale Auffassung hat sich, wenigstens nach 1871, durchgesetzt und von ihrer

---

waltenteilung *nur* ein die Volkskraft atomisierendes Moment erblickt … In der Unterscheidung und der richtigen Ausbalanzierung von Verwaltung und Rechtspflege liegt das Wesen des modernen Rechtsstaates.), *ders.,* Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933, *ders.,* Grundriß der Allgemeinen Staatslehre, 1933, S. 108 f., *H. Gerber,* Staatsrechtliche Grundlinien des Neuen Reiches, 1933, *B. Dennewitz,* Das nationale Deutschland ein Rechtsstaat, 1933 (staatsbetonter Rechtsstaat); kritisch zu dem Wort „nationaler Rechtsstaat“: *Eberhard Menzel,* Grundlagen des neuen Staatsgedankens, Eisenach 1934, S. 70 f.

weltanschaulichen und rechtsphilosophischen Grundlage aus nicht nur das Verfassungsrecht, sondern auch das Verwaltungs-, Straf-, Prozeß- und bürgerliche Recht, kurz alle Gebiete des Rechts, im Sinne *ihrer* Weltanschauung und *ihres* Rechtsstaatsbegriffes gestaltet.

Rechtsstaat als juristisch-technischer Begriff des 19. Jahrhunderts

Unter einem Rechtsstaat kann aber auch eine bestimmte juristisch-technische *Durchführungsweise* der verschiedenen weltanschaulichen, politischen oder philosophischen Auffassungen von Recht und Gerechtigkeit verstanden werden. Der Begriff wird dadurch formalisiert und neutralisiert (sog. formale Rechtsstaatsidee). In der Form und Weise eines solchen Rechtsstaats können sich dann widersprechende Welt-, Rechts- und Staatsauffassungen verwirklichen. Der Rechtsstaat als ein nicht inhaltlich, sondern nur formell, nicht substantiell, sondern nur funktionell bestimmter *Modus* bietet sich den verschiedenartigsten Gerechtigkeitsvorstellungen als ein Instrument ihrer Durchführung und Verwirklichung an. Dieser Auffassung hat Fr. Jul. Stahl (Jolson) in Deutschland zum Siege verholfen. Rechtsstaat, so lautet sein berühmter, vielzitierter Satz, „bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen“. Inhalt und Verwirklichungsweise, materieller und formeller Begriff, werden auseinandergerissen, Recht und Staat im Endergebnis auswechselbare Formen für die durch Weltanschauung, Sittlichkeit und Gerechtigkeit bezeichneten Inhalte. Diese Auffassung vom Rechtsstaat führt folgerichtig zu einem ebenfalls neutralen, auswechselbaren Gesetzespositivismus und verwandelt den Rechtsstaat in sein Gegenteil, nämlich in einen indifferenten *Gesetzesstaat*[8]. Liberale, nationalsozialistische und kommunistische Gemeinwesen können dann Rechtsstaaten sein, sofern sie nur ihre Gerechtigkeitsideale „in einer bestimmten Weise“ verwirklichen. Diese bestimmte Weise aber soll darin bestehen, daß alle Ausübung der staatlichen Macht unverbrüchlich in einer *berechenbaren* Weise vor sich geht. Das kann nur durch vorher aufgestellte, inhaltlich genau bestimmte Normen und Regeln bewirkt werden, welche das Maß und den Umfang aller staatlichen „Eingriffe“ genau festlegen und an welche der Staat und alle Behörden gebunden sind. Hier kommt es also nicht mehr auf Gerechtigkeit, sondern nur noch auf Sicherheit und Berechenbarkeit an. Der Rechtsstaat wird ein *Gegenbegriff* zum Gerechtigkeitsstaat. Er dient nicht der Gerechtigkeit im materiellen Sinne, sondern einer *positivistischen Voraussehbarkeit.* Als Nutz-

---

[8] *Heinrich Lange,* Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934 (Recht und Staat, Heft 114). Über den Gegensatz von Führerstaat und Gesetzesstaat *G. A. Walz,* Deutsche Juristenzeitung 1933, S. 1338 f. und die Rede von *Carl Schmitt* auf der Kölner Gautagung des NS.-Juristenbundes, Jur. Wochenschr. 1934, S. 713 f.

nießer dieser Rechtssicherheit wird im 19. Jahrhundert selbstverständlich das „freie“ Individuum gedacht, für welches das Gesetz zum positiven Gesetz und das positive Gesetz zu einem Fahrplan wird, an Hand dessen jeder Interessent sich des staatlichen Justiz- und Verwaltungsapparates bedienen und mit dessen „Normen“ er das gesamte öffentliche Leben berechnen und kontrollieren kann. Otto Mayer hat mit der ihm eigenen witzigen Formulierungsgabe den Rechtsstaat als einen Staat bezeichnet, in welchem jeder „weiß, wessen er sich vom Staat zu versehen hat“. Dadurch wird trotz scheinbarer Neutralität und Instrumentalität, diese Art Rechtsstaat doch wieder zu einem für den liberalen Individualismus typischen Mittel. Darüber dürfen auch die konservativ-christlichen Wendungen Stahls nicht hinwegtäuschen. Wenn bedeutende italienische Rechtsgelehrte sagen, Stahl habe durch „Zweideutigkeit“ und „theoretische Heuchelei“ den Begriff des Rechtsstaats abgebogen und sogar gefälscht *(l'equivoco e l'ipocrisia teoricadi Stahl, che falsifica il concetto),* so trifft das zu. Die „Fälschung“ liegt darin, daß der Begriff des Rechts in „Rechtsstaat“ in einen positivistischen Normativismus umgedeutet wird, dessen folgerichtiger Schluß nur dem rücksichts- und bedenkenlosen Individualismus der liberalen Epoche zugute kommt.

Bestimmte Einrichtungen oder Normierungen als Kennzeichen des Rechtsstaats

In grundsätzlichen oder in rechtspolitischen Erörterungen stößt, je nach der wechselnden Lage, das Interesse der miteinander kämpfenden Richtungen an bestimmten Streitpunkten aufeinander. Diese werden dadurch zu den umstrittenen Positionen der Auseinandersetzungen und von der einen oder der andern Streitseite zu Kennzeichen des Rechtsstaats erhoben. So sind z. B. im Laufe der liberalen Revolution des 19. Jahrhunderts die Unabhängigkeit der Richter, die Sicherungen der Beamtenstellung, die Vereidigung auf die Verfassung statt auf die Person des Königs, die Einführung eines Staatsgerichtshofs für Ministeranklagen, das Erfordernis der ministeriellen Gegenzeichnung, Pressefreiheit, Geschworenengerichte, freie Advokatur und zahllose andere Einzelheiten zu Kriterien des Rechtsstaats gemacht worden. Es gibt überhaupt keine Einrichtung und keine politische Forderung, für die nicht in solcher Weise der Name des Rechtsstaats beschworen werden könnte. Auch ist es ganz selbstverständlich, daß sich dieser Vorgang, solange an dem Wort Rechtsstaat festgehalten wird, in immer neuer Weise wiederholen wird, wie sich das im Jahre 1934 in den Auseinandersetzungen zwischen nationalsozialistischem Staat und evangelischer Kirche gezeigt hat. Bestimmte Forderungen werden dann mit Recht, Gerechtigkeit und Rechtsstaat gleichgesetzt und *ein Kampf um eine vielleicht gute und gerechte Sache wird dadurch mit der hundertjährigen Problematik des Begriffes „Rechtsstaat“ belastet.*

In den Lehrbüchern des Verfassungs-, Verwaltungs- und Strafrechts sowie anderer Rechtsdisziplinen hat sich allerdings im Laufe des 19. Jahrhunderts ein gewisser fester Katalog der besonderen Einrichtungen und Normen entwickelt, die in typischer Weise als „rechtsstaatlich" gelten, in der juristischen Tagesliteratur als sichere Kennzeichen des Rechtsstaats behandelt und jede für sich mit dem Rechtsstaat gleichgestellt werden. Die landläufigen Nummern dieses Katalogs sollen gleich behandelt werden; vorher bedarf es aber noch eines kurzen Hinweises darauf, daß *jedes Staatswesen ein zusammenhängendes Ganzes* ist. Aus wissenschaftlichen und praktischen Gründen kann nicht nachdrücklich genug betont werden, daß insbesondere der Begriff des *Gesetzes* in seinen sämtlichen Ausstrahlungen – Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Gleichheit vor dem Gesetz, Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltungen – immer nur im staats- und verfassungsrechtlichen Gesamtzusammenhang aufgefaßt werden kann und daß „Gesetz" etwas theoretisch und praktisch völlig Verschiedenartiges bedeutet, je nachdem es sich um das Gesetz einer konstitutionellen Monarchie, eines parlamentarischen Gesetzgebungsstaats oder eines modernen Führerstaats handelt. Völlig isolierte und aus jedem staatlichen Gesamtzusammenhang losgelöste Einrichtungen und Normen gibt es nicht, oder sie wären bloße Ausnahmen und als solche je nach der grundsätzlichen Auffassung entweder bedeutungslos, oder aber Ausgangspunkte für weitere Forderungen, um das grundsätzliche und „totale" Rechtsstaatsproblem von der entgegengesetzten Seite grundsätzlich aufzurollen. Man ist sich z.B. darüber einig, daß die Unabhängigkeit der Richter eine rechtsstaatliche Forderung ist. Unabhängigkeit der Richter bedeutet aber in einem Führerstaat etwas anderes als in einer konstitutionellen Monarchie. Infolgedessen würde die Anerkennung der richterlichen Unabhängigkeit für ein von der konstitutionellen Monarchie her bestimmtes rechtsstaatliches Denken notwendigerweise dahin führen müssen, daß damit auch die ganze konstitutionelle Verfassungsgrundlage der richterlichen Unabhängigkeit, Gewaltenteilung und konstitutioneller Gesetzesbegriff anerkannt sind, während die Einfügung der richterlichen Unabhängigkeit in den Rahmen eines völlig anders gearteten Staats, z.B. eines Führerstaats, nicht als „wahre" richterliche Unabhängigkeit anerkannt werden könnte. Bei der folgenden Aufzählung einzelner „rechtsstaatlicher" Einrichtungen und Regelungen darf demnach die Unabtrennbarkeit aller dieser Einrichtungen und Regelungen niemals außer acht gelassen werden.

1. Im *verfassungsrechtlichen* Sinne sind als rechtsstaatliche Forderungen überliefert und besonders hervorgetreten: Erfordernis einer geschriebenen Verfassung (Verfassungsurkunde), bestimmter Inhalt dieser Verfassungsurkunde, nämlich Aufbau des Staats nach den Grundsätzen der Gewaltenteilung, d.h. organisatorische Trennung von Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Rechtspflege; ein bestimmter Katalog von Freiheitsrechten (persön-

liche Freiheit, Privateigentum, Freiheit der Meinungsäußerung, Vereins- und Versammlungsfreiheit, Koalitionsfreiheit, Religionsfreiheit usw.); Unterwerfung der Regierung unter die gesetzgebende Körperschaft (Verantwortlichkeit der Regierung durch Gegenzeichnungspflicht der Minister, Ministeranklage vor dem Staatsgerichtshof, Rücktrittspflicht bei Mißtrauensbeschlüssen der Volksvertretung). In dieser Vorstellungswelt wird der Rechtsstaat mit dem liberalen *Verfassungsstaat* gleichgestellt; dazu gehört untrennbar ein bestimmter *Gesetzesbegriff*: Gesetz im formellen Sinn ist nur eine unter Mitwirkung der freigewählten Volksvertretung in einem bestimmten Verfahren nach öffentlicher Diskussion zustandegekommener Beschluß, weil nach liberaler Ansicht nur die Mitwirkung der Volksvertretung und nur dieses Verfahren die für ein Gesetz notwendige Vernunft und Gerechtigkeit gewährleisten können, die dem Gesetz seinen „Vorrang" vor allen andern staatlichen Willensäußerungen gibt. Nur dadurch wird das Gesetz zu einer für alle geltenden Rechtsnorm und kann es die Grundlage der „Gesetzmäßigkeit des ganzen staatlichen Lebens" sein.

2. Die *verwaltungsrechtlichen* Ausprägungen dieser Verfassungsvorstellungen sind hauptsächlich folgende:

a) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. „Das Wesen des Rechtsstaats liegt in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" (vgl. den interessanten Beleg aus der Praxis bei Zinser, Verw.A. Band 39, S. 45). Die Beweislast trifft immer die verfügende Behörde; es gilt der „Grundsatz des geringsten Eingriffs". „Im Rechtsstaat ist der Grundsatz wirksam, daß Eingriffe der Polizei in die Rechte der Untertanen auf das engste zu beschränken sind" (Zinser a.a.O, S. 48).

b) Ausbildung und Erweiterung der *subjektiven öffentlichen Rechte* als eines *Anspruchs* des einzelnen, der „vom Staat etwas verlangen kann", und dadurch „Macht über den Staat" erhält (vgl. die Nachweise bei *R. Thoma,* Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 609 und *Friedrichs,* Subjektives Recht, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 5, S. 823 ff. sowie die treffende Kritik bei Th. *Maunz,* Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, Hamburg 1934). Die systematische Ausbildung dieses liberalen Anspruchsdenkens im Staats- und Verwaltungsrecht beginnt mit dem zuerst 1892 erschienenen „System der subjektiven öffentlichen Rechte" von Georg Jellinek.

c) Ausbildung und Erweiterung eines *justizförmigen Rechtsschutzes* zur Sicherung dieser subjektiven öffentlichen Rechte. Hierbei ist es relativ nebensächlich, ob die *ordentlichen Gerichte der bürgerlichen Rechtspflege* diesen Rechtsschutz übernehmen sollen (sogenannter „Justizstaat" nach Otto Bähr, Der Rechtsstaat, Kassel, 1864) oder ob besondere *Verwaltungsgerichte* den Rechtsschutz wahrnehmen. Solange diese Verwaltungsgerichte nur „Nachbildungen" der ordentlichen bürgerlichen Gerichtsbarkeit sind (so

W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 299) sind sie nur Sondergerichte und ist die Unterscheidung von Rechtsstaat und Justizstaat in der Sache ohne Bedeutung. Die Tendenz zur Justizförmigkeit des gesamten öffentlichen Lebens und insbesondere der Verwaltung wird von Otto Mayer (Verwaltungsrecht I, S. 58, 62) als das entscheidende Kennzeichen des Rechtsstaats hingestellt. Eine Anwendung dieser Tendenz ist die Forderung einer *allgemeinen Generalklausel* für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in allen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts nach Art der allgemeinen Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte für bürgerliche Streitigkeiten (W. Jellinek, a.a.O., S. 314: „Den Forderungen des Rechtsstaats wird allein die *Generalklausel* gerecht“).

d) Ausbildung und Erweiterung des Grundsatzes allgemeiner Schadenshaftung des Staates oder der Körperschaften des öffentlichen Rechts sowohl für Amtspflichtsverletzungen ihrer Beamten (Art. 131 Weim. Verf.), wie auch bei rechtmäßigen Einzeleingriffen (Auflösung des Enteignungsbegriffes in Art. 153 Abs. 2 Weim. Verf. durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts)[9] unter Zulässigkeit des Rechtsweges vor den ordentlichen Gerichten. Was insbesondere die Schadenshaftung für Amtspflichtsverletzungen angeht, so betont *R. Thoma* (bei Nipperdey, Grundrechte I, S. 28): dieses Prinzip (des Art. 131) ist „eine der tragenden Säulen des Gebäudes des deutschen Rechtsstaats“.

3. Im *Strafrecht* führt der Gedanke des liberalen Rechtsstaats dazu, die strafgesetzliche Normierung hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit individueller Freiheit und der Berechenbarkeit staatlicher Eingriffe zu sehen. Das Strafgesetzbuch wird dadurch nach der berühmten Formulierung von *F. v. Liszt* zur „*Magna Charta* des Verbrechers“. An die Stelle des gerechten Grundsatzes „*nullum crimen sine poena*“ tritt der positivistisch-gesetzesstaatliche Satz „*nulla poena sine lege*“, der erst in dem individualistischen, aufklärerischen Denken des 18. Jahrhunderts entstanden ist[10]. Das Verbrechen wird als eine mit Strafe bedrohte Handlung definiert, d.h. die Strafe erscheint nicht mehr als Folge des Verbrechens, sondern das Verbrechen wird zu einem Denkprodukt der Strafandrohung. Die Durchführung der gerechten Strafe wird im Strafvollstreckungsanspruche des Staates aufgelöst und dadurch relativiert[11]. Dadurch, daß die Liszt’sche soziologische Strafrechtschule ein „Täter-Strafrecht“ verlangte und den Gedanken der Spezialprävention betonte, erschien diese sozialliberale Richtung der Denk- und

---

[9] Vgl. *Hofacker,* DJZ 1934, Sp. 889: „Die Konstruktion von subjektiven Rechten und Entschädigungsansprüchen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung“.

[10] Vgl. *H. Henkel,* Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934.

[11] Darüber den überaus inhaltsreichen Aufsatz von *Schaffstein*, DJZ 1934, Sp. 1174.

Redeweise der Zeit als „polizeistaatlich", während die konservative oder nationalliberale Richtung des „Tat-Strafrechts" sich als rechtsstaatlich bezeichnen konnte (vgl. *Mezger,* Lehrbuch des Strafrechts, S. 33, 37, 39). Diesen Gegensatz von soziologischer und klassischer Strafrechtsschule erkennen wir heute als eine *intern liberale* Gruppierung; er ist – wie die Arbeiten von Dahm, Henkel und Schaffstein klargestellt haben – für die heutige nationalsozialistische Problemstellung überholt.

Schluß

Durch die Erklärungen hervorragender nationalsozialistischer Rechtswahrer ist klargestellt, daß selbstverständlich auch im nationalsozialistischen Staat Rechtssicherheit herrscht, daß die Gesetze dieses Staates unverbrüchlich gelten, die Richter unabhängig sind und ein ausgedehnter Rechtsschutz besteht. Man kann daher, wie es häufig von autoritärer Seite – Reichsminister Dr. Frick, Reichsjuristenführer Staatsminister Dr. Frank, Staatssekretär der Reichskanzlei Dr. Lammers, Staatssekretär im Reichs- und Preußischen Justizministerium Dr. Freisler, Ministerialdirektor Dr. Nicolai – geschehen ist, den nationalsozialistischen Staat als einen *Rechtsstaat* bezeichnen. Dabei besteht allerdings kein Zweifel darüber, daß diese rechtsstaatlichen Einrichtungen jetzt auf dem Boden des *nationalsozialistischen* Staats stehen und sowohl die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit wie die von Staat und Gemeinschaft nach Inhalt und Form nationalsozialistisch sind. Insbesondere hat die große Rede des Reichsjuristenführers Dr. *Frank* über Nationalsozialismus und Geistesleben vom 4. Oktober 1934 (Die Nationale Wirtschaft, 5. Nov. 1934, S. 373) dargelegt, daß sowohl die Unabhängigkeit des Richters wie auch die Freiheit der Wissenschaft auf diesem Boden des nationalsozialistischen Staates gesichert ist. Es ist zu beachten, was auch schon für den faschistischen Staat geltend gemacht worden ist[12], daß ein *starker Staat mit unbestrittener politischer Führung eher und wirksamer imstande ist, die Sicherheit und Zuverlässigkeit des öffentlichen Lebens wie der privaten Sphäre zu gewährleisten als ein liberalistisch unterwühltes Gemeinwesen.* Für den liberalen Rechtsstaat gilt jedenfalls das, was *H. Nicolai,* einer der Vorkämpfer für den nationalsozialistischen Rechtsstaat, gesagt hat (RVB1. 1934, S. 862), daß nämlich dieser Staat im Grunde kein Recht und kein Staat und infolgedessen kein Rechtsstaat war. „Der hohle Gesetzesstaat, der im letzten einen rechtlosen Staat mit einem staatenlosen Gesetz bedeutet, ist durch den nationalsozialistischen Rechtsstaat überwunden[13]." Soll also das problematische

---

[12] So für den Faschismus: *C. Costamagna,* Elementi di Diritto pubblico fascista, Turin 1934, S. 33 ff.

[13] *H. Lange,* a. a. O., S. 40.

Wort Rechtsstaat auch für den nationalsozialistischen Staat übernommen und durch ihn überwunden werden, so scheint mir die beste und am wenigsten mißverständliche Umprägung in der Formel zu liegen, die Dr. Hans Frank in seinem Vortrag vom 20. März 1934 (Deutsches Recht 1934, S. 120) geschaffen hat: *der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers.*

41. Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat“?

Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft,
95. Bd., H. 2, 1935, S. 189–201

I.

Die rechts- und staatswissenschaftliche Streitfrage des „Rechtsstaates“ hat sich im faschistischen italienischen Staat wie im nationalsozialistischen Deutschen Reich bald nach der legalen Machtergreifung erhoben. In wissenschaftlicher Gerechtigkeit müssen wir anerkennen, daß die italienische Staats- und Rechtsphilosophie des Jahres 1922 auf diesen Streit besser vorbereitet war als die an deutschen Universitäten herrschende Philosophie des Jahres 1932. So ist z. B. das Buch *Lo Stato di diritto* des damaligen Bologneser Privatdozenten *Sergio Panunzio,* dessen erster Teil 1921 erschien, ohne Zweifel tiefer und bedeutender als das 1932 erschienene Buch *Rechtsstaat oder Machtstaat?* des damaligen Heidelberger Privatdozenten *Friedrich Darmstaedter.* So erklärt es sich wohl auch, daß sich ein großer Teil der 1933 und 1934 veröffentlichten deutschen Broschüren und Aufsätze über den Rechtsstaat in leeren Tautologien bewegt und aus dem Banne eines elementaren Denkfehlers nicht heraustritt: Man stellt den *Rechtsstaat* als den Gegenbegriff zu einem *Nicht-Rechtsstaat im Sinne von Unrechtsstaat* (Machtstaat, Gewaltstaat, Willkürstaat, Polizeistaat) hin und hat es dann natürlich leicht, den Rechtsstaat über einen solchen Widersacher triumphieren zu lassen. Aber so billig geht es in dem großen geistigen Kampf der Völker und Zeiten nicht zu. Hier ringt nicht der Sinn mit dem Unsinn, sondern Sinn mit Gegen-Sinn und Leben mit dem Leben. Nur ein solcher Kampf ist wirklich der „Vater und König von Allem“, auch von einer fruchtbaren rechts- und staatswissenschaftlichen Erkenntnis.

In der Auffassung des Rechtsstaates als des bloßen Gegensatzes gegen den Unrechts- oder Machtstaat bekundet sich nichts anderes als der Sieg der bürgerlich-individualistischen Gesellschaft über Recht und Staat. Abgesehen von dieser symptomatischen Bedeutung hat diese Auffassung heute keinerlei wissenschaftlichen Belang oder Rang. In Wirklichkeit ist gerade Rechtsstaat der Gegenbegriff *gegen einen unmittelbar gerechten Staat;* es ist ein Staat, der „feste Normierungen“ zwischen sich und die unmittelbare Gerechtigkeit des Einzelfalles einfügt. Die allein sinnvollen Gegenbegriffe gegen einen Rechtsstaat sind Staatsarten, die eine andere als diese bloß mittelbare „nor-

mative" Beziehung zur Gerechtigkeit haben, also der *Religions-* oder der *Weltanschauungs-* oder der *Sittlichkeitsstaat.* Es ist nicht zufällig-geschichtlich, sondern geistig notwendig gewesen, daß Wort und Begriff des Rechtsstaates erst um das Jahr 1830 und gerade in Deutschland zuerst durchdrangen. In folgenden, 1832 veröffentlichten Sätzen hat *Robert Mohl,* der als der Vater eines rechts- und staatswissenschaftlichen Begriffes vom Rechtsstaat gilt[1], eine weltanschauliche Grundlage zu geben versucht, ohne mehr zu erreichen als die Forderung einer Unterwerfung des Staates unter die individualistisch-bürgerliche Gesellschaft:

> „Der religiösen Lebensrichtung des Volkes entspricht nämlich die *Theokratie*; der bloß sinnlichen die *Despotie*; der einfachen Familienansicht der *patriarchalische* Staat; dem sinnlich-vernünftigen Lebenszwecke aber der sogenannte *Rechtsstaat.* … Ein Rechtsstaat kann also keinen andern Zweck haben als den: das Zusammenleben des Volkes so zu ordnen, daß jedes Mitglied desselben in der möglichst freien und allseitigen Übung und Benützung seiner sämtlichen Kräfte unterstützt und gefördert werde. … Die Freiheit des Bürgers ist bei dieser Lebensansicht oberster Grundsatz …, die Unterstützung des Staates kann daher nur negativer Art sein und bloß in der Wegräumung solcher Hindernisse bestehen, deren Beseitigung den Kräften des einzelnen zu schwer wäre … Der ganze Staat ist nur dazu bestimmt, diese Freiheit (des Bürgers) zu schützen und möglich zu machen"[2].

In der geschichtlichen Lage des deutschen 19. Jahrhunderts ist „Rechtsstaat" der Gegenbegriff gegen zwei Arten von Staat: gegen den christlichen, also einen von der *Religion* her bestimmten, und gegen den als ein Reich der *Sittlichkeit* aufgefaßten Staat, nämlich den preußischen Beamtenstaat der Staatsphilosophie *Hegels.* Im Kampf gegen diese beiden Gegner tritt der Rechtsstaat ins Leben. Das ist seine Herkunft, sein *principium,* wenn ich so sagen darf: seine Rasse. Große Denker und Gelehrte wie *Lorenz von Stein*[3] und *Rudolf Gneist*[4] versuchten unter ungeheuren Anstrengungen, mit Hilfe

---

[1] *Lorenz von Stein* und *Gneist* erkennen *Mohls* Vaterschaft an; *Bismarck* spricht von dem „von *Robert von Mohl* erfundenen Kunstausdruck Rechtsstaat"; vgl. *Carl Schmitt,* Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches, 1934, S. 21. Doch hat *Mohl* das Wort Rechtsstaat vorgefunden; eine genauere Wortgeschichte fehlt noch, vgl. die Bemerkung von *Richard Thoma,* Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, Jahrb. des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 4, 1910, S. 197. Ein interessantes früheres Beispiel findet sich in *Adam Müllers* Elementen der Staatskunst, 1809 (wahrer organischer Rechtsstaat), und in seinen Deutschen Staats-Anzeigen, Bd. 2, 1817, S. 33, wo von den Verwickelungen des „*bloßen Geld-, Kriegs- und Beamten-Staates*" die Rede ist, der mit Schwierigkeiten zu kämpfen habe, „um sich wieder zu der Würde eines *Rechts-Staates* zu erheben."

[2] *R. Mohl,* Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1832, Bd. I, S. 5, 7, 14 usw.

[3] *L. von Stein,* Die Verwaltungslehre I (1. Aufl. 1865, 2. Aufl. 1869), S. 297.

[4] *R. Gneist,* Der Rechtsstaat, 1. Aufl., 1872, S. 1 f., 180 f.; vgl. besonders S. 181 f.: „Der Rechtsstaat ist kein Juristenstaat, welcher durch Arbeitsteilung sein

eines „deutschen“, auf die Harmonie von Staat und Gesellschaft hinzielenden Rechtsstaatsbegriffes die Unterordnung des Staates unter die bürgerliche Gesellschaft aufzuhalten. Aber auch sie vermochten das Gesetz einer solchen Herkunft nicht zu überwinden. Alles Folgende ist nur die folgerichtige Entwicklung dieses Anfangs: die Abtrennung des Rechts von Religion und Sittlichkeit; der „rein juristische“ Begriff des Rechts, den *Rudolf Sohm* bezeichnenderweise den „Rechtsbegriff des Rechts“ nennt[5]; die Verwandlung von Recht und Gerechtigkeit in ein positivistisches „ziviles Zwangsnormengeflecht“[6], dessen ganze Gerechtigkeit in der Rechtssicherheit, d.h. in seiner Berechenbarkeit besteht; das Ideal der Justizförmigkeit aller Staatsakte und der Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit“ der Verwaltung, ja der normativistischen Bindung des gesamten staatlichen Lebens, die Recht und Gesetz zum bloßen Fahrplan der bürokratischen Maschine macht.

Ein christlicher Staat konnte seine Totalität und Ganzheit aus dem religiösen Glauben eines damals noch durchaus christlichen Volkes gewinnen; der Staat als Reich der Sittlichkeit und der objektiven Vernunft war ebenfalls noch einer Totalität fähig und jedenfalls der bürgerlichen Gesellschaft übergeordnet; der Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts dagegen ist nichts als der zum Mittel und Werkzeug der individualistischen bürgerlichen Gesellschaft gewordene neutrale Staat.

öffentliches Recht einem einzelnen Stande auftragen könnte, während die übrige Gesellschaft ihrem Erwerb und Genuß nachgibt und in Presse und Vereinsrecht ihre Interessen organisiert. … Wenn die extremen Elemente der Gesellschaft dem Staat sein Recht und seine Existenz bestreiten, wenn die wesentlichsten Rechte der Staatsgewalt kurz und absprechend als Polizei, Bureaukratie und Willkür bezeichnet werden, so, denke ich, wäre es der Beruf des Juristen, daran zu erinnern, daß der deutsche Staat von Hause aus ein Rechtsstaat ist, daß nicht die ‚Bureaukratie‘, sondern das Mißverständnis unserer *Gesellschaft* den Rechtsstaat zerstört hat, daß unser Staat die Ordnung des Rechts und der Finanzen nicht erst von der Volksvertretung erlernt hat, sondern daß wir die vorhandenen tüchtigsten Staatseinrichtungen der europäischen Welt unter geordneter Mitwirkung der Gesellschaft nur fortsetzen und vervollkommnen wollen.“ Nicht einmal diese ergreifende Mahnung eines der besten Sachkenner und eines parteipolitisch unverdächtigen Mannes hat es verhindern können, daß das rohe politische Schlagwort Rechtsstaat gegen Polizeistaat als „juristische“ und streng „wissenschaftliche“ Unterscheidung eine ganze Generation hindurch deutschen Studenten der Rechtswissenschaft und heranwachsenden deutschen Beamten in zahlreichen Lehrbüchern und von den meisten deutschen Kathedern herab als „herrschende“ Lehre eingehämmert worden ist.

[5] Darüber die Berliner Dissertation von *Günther Krauss,* Das rechtswissenschaftliche Denken Rudolf Sohms, 1935.

[6] Diese treffende Bezeichnung übernehme ich von *Paul Ritterbusch,* vgl. seinen Aufsatz „Recht, Rechtsetzung und Theorie der Rechtsetzung im mittelalterlichen England“ in der Festgabe für Richard Schmidt, 1932, S. 212f., bes. S. 233f.

II.

Der Sieg dieses bürgerlichen Rechtsstaats über den christlichen wie über den *Hegelschen* Sittlichkeitsstaat war entschieden, als es einem als „konservativ" anerkannten Autor, *Friedrich Julius Stahl (Jolson),* gelungen war, *Hegels* Staatsphilosophie bei den deutschen Konservativen als „undeutsch" zu diskreditieren und den christlichen Staat durch die Kombination „christlicher Rechtsstaat" in das Begriffsnetz des Rechtsstaates hineinzuführen. Die im Streit zwischen christlichem Staat und Rechtsstaat verblüffend einfache Begriffskombinatorik eines „christlichen Rechtsstaates" arbeitete mit dem Kunstgriff eines inhaltlosen, „rein formalen" Begriffes. „Der Rechtsstaat bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt eines Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen." Dieser berühmte Satz stellt Ziel und Inhalt gegen Art und Charakter und benutzt die bekannte und beliebte Trennung von Zweck und Mittel in einer besonderen Weise. Er mußte zu dem Ergebnis führen, daß nicht, wie sonst, der Zweck das Mittel, sondern umgekehrt, das Mittel, eben der zum bloßen Mittel gewordene Rechtsstaat, den Zweck heiligen konnte. So ist es begreiflich, daß alle Liberalen mit dem Rechtsstaatsbegriff und dem eben zitierten Satz eines derartigen „Konservativen" einverstanden waren. *Otto Bähr* stellt ihn an die Spitze seines Buches „Der Rechtsstaat" (1864). *Rudolf Gneist* sagte: „Was *Stahl* als *Rechtsstaat* bezeichnet, konnte jeder seiner Gegner wörtlich unterschreiben"[7], und noch *Richard Thoma* bewundert „die Tiefe und Klarheit, mit der dieser seltsam inkonsequente Denker" die immer im Fluß befindlichen Staatszwecke von den rechtlich gesicherten Formen ihrer Verwirklichung unterschieden habe[8].

Die Verwandlung des Rechtsstaatsbegriffes in einen formalen Begriff bedeutete eine Neutralisierung und Technisierung, vor allem aber eine doppelte Indienststellung. Erstens stellte der Begriff des Rechtsstaates den Staat von Anfang an in den Dienst des Rechts – aus dieser Unterwerfung des Staates unter das Recht zog der Liberalismus die ideologische Rechtfertigung seines Kampfes gegen den Staat, und das Pathos dieser Unterwerfung des Staates unter das Recht ist von *Stahl (Jolson)* über *Lasker* und *Jacoby*[9] bis zu dem eingangs erwähnten *Darmstaedter* und ähnlichen „Idealisten des Rechtsstaa-

---

[7] *R. Gneist,* Der Rechtsstaat, 1872, S. 16.

[8] *R. Thoma,* a.a.O., S. 198.

[9] In der Rede *Jacobys* im Preußischen Abgeordnetenhaus vom 23. August 1866 (Sten. Ber. Bd. I, S. 73) tritt der Gegensatz des Rechtsstaates gegen den nationalen Staat besonders scharf zutage. Es ist dies die Rede zur Indemnitätsfrage, in der *Jacoby,* unter Berufung darauf, daß er für den „Rechts- und Verfassungsstaat" kämpfe, Bismarcks Entlassung verlangt und von den Siegen des preußischen Heeres sagt, sie gereichten „dem preußischen Volk weder zur Ehre, noch dem gesamten deutschen Vaterland zum Heile".

tes" immer dasselbe. Zweitens aber war durch den Kunstgriff *Stahls* nunmehr auch das Recht formalisiert und zum Instrument der Verwirklichung irgendeines beliebigen Inhaltes oder Zweckes geworden. Jetzt kann es einen christlichen und einen antichristlichen, einen liberalen, einen nationalen und einen antinationalen Rechtsstaat geben und ist Rechtsstaat nicht mehr der Gegenbegriff gegen einen Religions-, Weltanschauungs- oder Sittlichkeitsstaat, sondern ein bloßes „Mittel" und eine Methode. Wenn *H. Oncken* den National-Liberalen *Lasker* als den „Idealisten des Rechtsstaates" dem ebenfalls National-Liberalen *Bennigsen* als dem „Idealisten des Nationalstaates" gegenüberstellt[10], so zeigt sich darin ein Rest von inhaltlicher Weltanschauung, der es verhindert, einen „nationalen Rechtsstaat" zu kombinieren. In dem Kampf, den *Constantin Frantz* gegen den Nationalliberalismus führt[11], ist Rechtsstaat noch ein typisch liberaler Gegenbegriff gegen einen von der „christlichen Weltansicht" getragenen Staat. Aber das wird von der „Neutralität" und Positivität des formalen Rechtsstaatsbegriffs wenigstens scheinbar bald überholt. Dieser „formale" Begriff hat eben keinen Inhalt mehr, läßt aber jeden Inhalt zu. Allerdings kann er das nur unter der Bedingung, daß dieser Inhalt sich dem Normativismus der formalen Rechtsstaatlichkeit unterwirft.

Das bedeutet aber, näher betrachtet, nicht weniger, als daß dieser Inhalt auf seine Inhaltlichkeit verzichtet und sich als Inhalt (als Religion, Weltanschauung, Sittlichkeit) aufgibt, um „juristisch" zu werden. Im Staats- und Verwaltungsrecht des Rechtsstaats hat sich längst herausgestellt, daß die Rechtslehre des normalen Rechtsstaates immer nur *Normensetzung und Normenanwendung* („Normenkonkretisierung") unterscheiden kann. Ihr Normativismus ist infolgedessen eines sachlichen Begriffs nicht mehr fähig. Was die bis heute herrschende Verfassungs- und Verwaltungsrechtslehre als Gesetzgebung oder Verwaltung oder Justiz „im materiellen Sinne" ausgibt[12], läuft immer nur auf die Unterscheidung von Normenaufstellung und Normenanwendung hinaus und ist in keinem Sinne des Wortes etwas „Materielles" oder sachinhaltlich Bestimmtes. Normen aufstellen oder Normen anwenden ist doch keine Materie oder ein Sachgebiet. Von der Norm her oder dem Gesetz her ist überhaupt kein materieller Begriff zu gewinnen. Deshalb verwandelt sich alles, was dieser gesetzesstaatliche Normativismus in die Hände nimmt, in Gesetzge-

---

10 Vgl. *R. Thoma,* a.a.O., S. 200, Anm. 1.

11 *Constantin Frantz,* Die Religion des Nationalliberalismus, 1872, S. 258: „Wie in nichts verschwindet [gegen die christliche Vorstellung eines Bundes, den Gott mit dem Menschen geschlossen hat] der gepriesene *Rechtsstaat,* der für sich allein schon das Band sein will, welches den Menschen mit dem Menschen verbindet, und dazu des Bandes, welches den Menschen mit Gott verbindet, garnicht zu bedürfen vorgibt".

12 Vgl. *E. R. Huber,* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932, S. 150f., und das dort angegebene Schrifttum.

bung oder Gesetzesanwendung, und dadurch entfällt nicht nur die Möglichkeit einer Unterscheidung von Justiz und Verwaltung, sondern jede Möglichkeit irgendeiner vernünftigen und sachlichen Unterscheidung überhaupt. Schließlich läßt sich alles, was die Menschen tun, auf irgendwie geltende „Normen“ beziehen; auch der Schuster soll und will die Schuhe richtig, also normgemäß besohlen, und der Fußballspieler soll und will richtig Fußball spielen: ihr Tun kann nicht weniger als Normenkonkretisierung gedeutet werden wie Prozeßentscheidungen oder Verwaltungsakte.

Für die Rechtsnormen bleibt dann nur noch das Kennzeichen des Zwanges und der Erzwingbarkeit übrig, wodurch alle Rechtsnormen, wie *Georges Renaud* richtig gesehen hat[13], zu *leges mere poenales* werden. Außerdem müssen gerade die dem öffentlichen Leben wesentlichen Rechtsvorgänge bei dieser Art normativistischer Rechtsstaatlichkeit entweder beiseite gelassen oder in ihrem rechtlichen Wesen verfälscht werden. Die Vermutung der Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns; die unmittelbare Vollstreckbarkeit von Verwaltungsakten; die Möglichkeit unmittelbaren Zwanges auch ohne Verwaltungsakt; das, was *Otto Mayer* das „große Recht des Staates auf Gehorsam“ nannte[14], was *Maurice Hauriou* in einer großartigen Auseinandersetzung mit dem Anarchismus der gesetzesstaatlichen Theorie *Duguits* als Recht auf den „vorgängigen Gehorsam“, die „obeissance préalable“ darlegte[15], und was ich als die „politischen Prämien auf den legalen Machtbesitz“ anschaulich zu machen versucht habe[16] – alles das geht in der leeren Allgemeinheit und der allgemeinen Leere dieses Normen- und Gesetzesdenkens unter. Jede kraftvolle Durchsetzung der konkreten Ordnung, selbst die Verhinderung eines Verbrechens durch die Polizei kann dann nur noch als „Notrecht“ des Staates begriffen werden, wobei dann womöglich noch die Frage aufgeworfen wird, ob der Staat sich nicht auch dieses Notrechts begeben könne[17].

---

[13] Mélanges Maurice Hauriou, 1929, S. 623, 629.

[14] *Otto Mayer,* Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, Bd. I, S. 104 f.

[15] *Maurice Hauriou,* Principes de droit public, 2. Aufl., 1916, S. 799 f., bes. S. 804: „Il s’agit de savoir de quel côté est le préalable, si c’est du côté de l’autorité qui commande ou si c’est du côté du sujet qui obéit; si le sujet, avant d’obéir, peut soulever la question préalable de la légalité de l’ordre ou bien si, au contraire, il est obligé d’obéir avant de soulever la question de légalité. Faire passer le préalable du côté de la légalité, c’est détruire l’obeissance préalable aux ordres du gouvernement, c’est détruire le droit propre du gouvernement: ‚L’autorité souveraine, disait Jurieu, est celle qui n’a pas besoin d’avoir raison pour justifier ses actes.‘ Entendenz, celle qui n’a pas besoin de justifier qu’elle a raison pour exiger l’obeissance préalable. Exiger cette justification, c’est détruire la force propre de la souveraineté et c’est de l’anarchie.“ Das Gleiche gilt, meiner Ansicht nach, für die Entstellung dieses normalen Rechts auf unmittelbaren und „vorgängigen“ Gehorsam zu einem bloßen „Notrecht“.

[16] *Carl Schmitt,* Legalität und Legitimität, 1932, S. 35 f.

[17] *W. Jellinek,* Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 342.

Damit war die Beseitigung jeder sachinhaltlichen Gerechtigkeit vollendet und der Rechtsstaat zum reinen Gesetzesstaat geworden. Während der frühe liberale Rechtsstaat noch eine Weltanschauung hatte und eines politischen Kampfes fähig war, ist die einzige Weltanschauung, der ein solcher positivistischer Gesetzesstaat spezifisch zugehört, ein hilfloser Relativismus, Agnostizismus oder Nihilismus, dem das Recht ein „ethisches Minimum" ist, der an die „normative Kraft des Faktischen" glaubt und dem die unmittelbare Gerechtigkeit des Satzes *nullum crimen sine poena* einen panischen Schrekken einjagt.

III.

Diesen Gesetzesstaat eroberte die nationalsozialistische Revolution. Daß sie nicht in ihn einmünden oder gar in ihm untergehen kann, versteht sich von selbst. Sie gab dem Deutschen eine mit den Begriffen jenes blut- und bodenfremden Gesetzesstaates unvereinbare, neue Grundordnung. Aber infolge der legalitären Durchführung dieser Revolution haben sich neue, den Rechtsstaat betreffende Fragen erhoben. Bei ihrer Beantwortung sind verschiedene Blickpunkte und Haltungen möglich, wobei unwichtige Anpassungsversuche (z. B. der hilflose, den ganzen rechtsstaatlichen Dualismus von Recht und Staat enthüllende Vorschlag, heute von einem „staatsbetonten Rechtsstaat" zu sprechen) außer Betracht bleiben können.

1. Bei der Formalisierung und Technisierung eines nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit funktionierenden Verwaltungsapparates scheint es für den jeweiligen Inhaber der staatlichen Macht das einfachste zu sein, sich dieses ausgezeichneten, der „normativen Kraft des Faktischen" sich sofort unterwerfenden und jedem Ziel und Inhalt zur Verfügung stehenden Mittels zu bedienen. Was könnte bequemer sein, als einen Gesetzesstaat zu beherrschen und sich an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Justiz und Verwaltung zu halten, wenn man selber die Gesetzgebungsmaschine handhabt und sogar, wie heute die Reichsregierung, durch bloßen Regierungsbeschluß Gesetze im formellen Sinne des Wortes, sogar verfassungsändernde Gesetze machen kann? Wer den Fahrplan macht, hat doch ein Interesse daran, daß es fahrplanmäßig zugeht. Und wenn es einen christlichen, einen nationalliberalen, einen faschistischen und einen kommunistischen Rechtsstaat gibt – das wäre ja nur eine Frage der Durchführung und nicht des Inhaltes oder der Ziele –, so stände nichts im Wege, auch einen nationalsozialistischen Rechtsstaat einzurichten.

Dieser Gedankengang könnte den Sinn haben, den nationalsozialistischen Inhalt den erprobten Methoden der Relativierung und Entleerung durch einen formalen Rechtsstaatsbegriff zu unterwerfen und in das Begriffsnetz der nor-

mativistischen Rechtsstaatlichkeit hineinzuleiten. Vom Standpunkt des nationalsozialistischen Denkens aus genügt es, sich dieser Möglichkeit bewußt zu werden, um sie zu erledigen. Es könnte aber auch sein, daß mit dieser Antwort nur der praktisch-technische Vorschlag einer *Gleichschaltung* gemeint ist. Da das komplizierte Behördensystem des heutigen Staates nun einmal seit einem ganzen liberalen Jahrhundert nach liberal-rechtsstaatlichen Grundsätzen und Maßstäben eingerichtet ist und sich die in den Gedankengängen und Begriffen dieser Art Rechtsstaatlichkeit geschulten Beamten an sie als an einen *Funktionsmodus* gewöhnt haben, kann es durchaus zweckmäßig sein, die Methoden und Formen des Rechtsstaates solange beizubehalten und sich ihrer – ohne ihnen geistig und innerlich anheimzufallen – solange zu bedienen, als nicht neue Methoden, neue Begriffe und eine neue Beamtenschulung eingeführt und erprobt sind. Dann wäre das ganze Problem des Rechtsstaates heute nur noch eine praktisch-technische *Übergangsfrage.*

2. Die Übernahme und Weiterführung des Wortes *Rechtsstaat* könnte aber auch einen tieferen Sinn haben. Es ist ein typischer Vorgang der Geistesgeschichte, daß wirksame Formeln und eindrucksvolle Worte im geistigen Kampf erobert und *umgedeutet* werden. Alle großen Religionen haben ihren Gegnern mancherlei Götter und Heilige entrissen und ihrem eigenen Pantheon eingefügt; mancher geistige Sieg bekundet sich in der Übernahme von Riten, Hymnen und Formeln des Gegners, und im politischen Kampf, der immer total und daher im höchsten Grade auch geistig ist, hat man oft sogar den Liedern und Märschen des Gegners andere Texte unterlegt, um sie sich anzueignen[18]. Es war ein Zeichen seiner geistigen Defensivhaltung und sogar Wehrlosigkeit, daß der deutsche Soldatenstaat des 19. Jahrhunderts die juristische Bestimmung aller wesentlichen Begriffe, wie Recht, Verfassung, Gesetz, Freiheit und Gleichheit, besonders aber den Begriff des Rechtsstaates seinem liberalen Gegner überlassen hat. Dagegen hat die nationalsozialistische Bewegung schon manches starke und gute Wort seinem unrechtmäßigen Besitzer aus der Hand genommen, und es fragt sich, ob nicht das gleiche auch für den Rechtsstaat gelten soll.

Die Frage wird mit besonderer Entschiedenheit von denjenigen nationalsozialistischen Juristen bejaht, die den Gegensatz eines bloßen Gesetzesstaates gegen einen auf Recht und Gerechtigkeit gerichteten, Recht und Sittlichkeit nicht mehr trennenden Weltanschauungsstaat erkannt haben,

---

[18] Im Weimarer Staat war der Reichswehr durch Befehle vom 2. August 1922 und 15. Mai 1924 das Singen parteipolitisch umgedichteter Marschlieder und weiterhin das Spielen von Militärmärschen, auf deren Melodie von nichtmilitärischer Seite parteipolitische Texte gesungen wurden, verboten worden, vgl. *Alfons Maier,* Die verfassungsrechtliche und staatspolitische Stellung der deutschen Wehrmacht, Verw.Arch., Bd. 39 (1934), S. 291, Anm. 53.

nämlich von *Helmut Nicolai*[19] und von *Heinrich Lange*[20]. *Nicolai* hat seine Auffassung am straffsten in dem Satze zusammengefaßt, daß der liberale Rechtsstaat in Wahrheit weder Recht noch Staat war und erst der nationalsozialistische Staat den Namen eines Rechtsstaates verdiene[21]. *H. Lange* betont mit großer Klarheit den Zusammenhang des Gesetzesstaates mit dem Rechtsbegriff der bürgerlichen Gesellschaft und überwindet deren Teilung von Recht, Sitte und Sittlichkeit. Indem der bürgerliche Rechtsstaat sich als bloßer Gesetzesstaat erweist, wird das Wort „Rechtsstaat" zu einer prägnanten Bezeichnung gerade des nationalsozialistischen Staates. Dadurch wird gleichzeitig der Verwechslung vorgebeugt, als handle es sich hier um den alten, auch dem liberalen Rechtsdenken bekannten Unterschied von Recht und Gesetz, der in der Nachkriegszeit dem Weimarer Gesetzgeber, soweit dieser nicht liberal war, häufig entgegengehalten worden ist[22]. Der Nationalsozialismus bleibt bei seiner weltanschaulich begründeten Einheit von Recht, Sitte und Sittlichkeit, auch wenn er die Gesetzgebungsmacht in der Hand hat, während der liberale Rechtsbegriff immer nur auf die individualistisch-staatsbürgerlichen Begriffe von Freiheit, Gleichheit und Eigentum zurückgreift und notwendig zur Trennung von Recht, Sitte und Sittlichkeit und infolgedessen auch mangels eines inhaltlichen Rechtsbegriffs zum Gesetzesstaat führt.

Die geistige Eroberung des Wortes und Begriffes Rechtsstaat ist ein großes Verdienst. Die liberalen Gedankengänge wirken heute längst nicht mehr offen und direkt; sie sind auf die Nach- und Weiterwirkung von weit- oder landläufig gewordenen, scheinbar neutralen Begriffen angewiesen. Aber eben deshalb ist die „Atmosphäre" vieler Gebiete des geistigen Lebens, besonders der Rechts- und Staatswissenschaften, noch ganz von den Ausstrahlungen derartiger Stimmungs- und Ideenträger beherrscht. Das Wort „Rechtsstaat" war stets eines der wirksamsten Vehikel liberaler Suggestionen. Solange die starken Residuen des bürgerlichen Zeitalters anhalten, bedeutet die Entlibera-

---

[19] In *Nicolais* Schrift „Die rassengesetzliche Rechtslehre", Nationalsozialistische Bibliothek, H. 39, 1932, findet sich S. 50 folgender Satz, der für die schwer lösbare Verbindung des Rechtsstaatsbegriffes mit den Forderungen und Idealen der bürgerlichen Gesellschaft kennzeichnend ist: „Wenn man gut schlafen wolle, müsse man preußische Konsols kaufen, sagte der alte Rothschild, und bescheinigte damit letzten Endes nichts anderes, als daß Preußen ein Rechtsstaat sei und man sich auf die Ehrenhaftigkeit dieses Staates fest verlassen könne."

[20] *H. Lange,* Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934 (Recht und Staat, Heft 114).

[21] Reichsverwaltungsblatt, 1934, S. 862.

[22] So z.B. die Rede des *Freiherrn Marschall von Bieberstein,* Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, 1927, besonders interessant S. 45, Anm. 146; S. 160, Literaturangaben zum Rechtsstaat, wobei besonders auf *Welcker* verwiesen wird.

lisierung und Umdeutung des Rechtsstaatsbegriffs einen wichtigen Sieg der neuen Bewegung und eine glücklichere Weiterführung der obenerwähnten Bemühungen von *Lorenz von Stein* und *Rudolf Gneist,* den deutschen Begriff des Rechtsstaats zu gewinnen. Durch deutliche Beiworte, wie „nationalsozialistischer Rechtsstaat“ oder „nationalsozialistischer deutscher Rechtsstaat“[23], am klarsten durch die Formel des Reichsjuristenführers *Hans Frank,* „Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers“[24], wird der tiefe Bedeutungswandel außer Zweifel gestellt. In meinem Aufsatz „Der Rechtsstaat“, der in dem von *Hans Frank* herausgegebenen, soeben veröffentlichten „Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ (München 1935) erschienen ist, bin ich dieser Umprägung ebenfalls gefolgt.

3. Außer jener auf eine technische Gleichschaltung des Staatsapparats gerichteten, vorübergehenden technischen Bedeutung der Beibehaltung des Wortes und Begriffes „Rechtsstaat“, und über eine geistige Wiederherstellung und Umdeutung hinaus könnte sich dann noch eine weitere, auf die kommenden Jahrhunderte blickende Frage nach dem *endgültigen geistesgeschichtlichen Schicksal dieses umstrittenen Wortes* erheben. Das ist freilich eine sehr theoretische Frage und betrifft eine schwierige, auf „exakte“ Weise kaum zu stellende Prognose für eine weite Zukunft. Ich möchte mich aber, um nichts zu verschweigen, der Stellungnahme auch zu dieser Bedeutung des Streits um den „Rechtsstaat“ nicht entziehen.

Offensichtlich hat das Wort „Rechtsstaat“ heute für viele einen absoluten, überzeitlichen Sinn und geradezu „Ewigkeitswert“. Ausgezeichnete Rechtshistoriker wie *Walter Merk* sprechen von einem uralten germanischen „Rechtsstaat“ und belegen auf solche Weise mit einem für das bürgerliche 19. Jahrhundert spezifischen Wort ganz anders geartete Zeiten und Zustände[25]. In dem oben (Anm. 1, S. 122) zitierten Satze *Adam Müllers* klingt eine solche überzeitliche Bedeutung des Wortes sehr stark mit. *Lorenz von Stein* und *Rudolf Gneist* hielten Wort und Begriff für spezifisch deutsch[26]. Es könnte also doch vielleicht möglich gewesen sein, daß das bürgerliche 19. Jahrhundert ein ewiges Wort erfunden hätte, und auch der schlimmste

---

[23] Vgl. meine Kölner Rede vom 12. Februar 1934: Nationalsozialismus und Rechtsstaat, abgedruckt in der Jur. Wochenschrift, 1934, H. 12/13, S. 713 f.

[24] Deutsches Recht, 1934, S. 120.

[25] *W. Merk,* Deutsche Rechtserneuerung, H. 5 des 31. Jahrganges der Süddeutschen Monatshefte, Februar 1934, S. 263.

[26] Vgl. oben Anm. 2 und 3. Im übrigen ist hinsichtlich der Wortbedeutung zu beachten, daß *Lorenz von Stein* das Wort „Recht“ in „Rechtsstaat“ nur auf das *Regierungsrecht, nicht* auf das Recht überhaupt bezieht (Verwaltungslehre I, S. 298) und *Gneist* (Rechtsstaat, S. 183, Anm. 2) ihm darin zustimmt. An die ganze spätere, abstrakt normativistische Sophistik von Rechtsstaat = Staatsrecht ist hier noch nicht gedacht.

Mißbrauch würde dieses Wort dann nicht mehr zerstören und unbrauchbar machen. Worte wie Recht und Freiheit z. B. sind tausendmal mißbraucht und geschändet worden und bleiben dennoch rein und jungfräulich, wenn nur ein tapferes Volk sich ernsthaft auf sie besinnt. Gehört das Wort „Rechtsstaat" nicht auch zu solchen unzerstörbaren Worten der deutschen Rechts- und Volksgeschichte?

Ich glaube es nicht. Nicht nur, weil einer der größten und echtesten Volksdichter aller Zeiten, *Jeremias Gotthelf,* dem „Rechtsstaat" ein furchtloses Todesurteil gesprochen hat[27], sondern auch deshalb, weil es kein einfaches Wort, sondern sprachlich und begrifflich ein Kunstprodukt ist. Das hat ein so großer deutscher Staatsmann und Sprachschöpfer wie *Bismarck* mit sicherem Blick erkannt, als er von dem „Kunstausdruck des Herrn *von Mohl*" sprach[28]. Die Verbindung der beiden Worte „Recht" und „Staat" zu einem Doppelwort „Rechtsstaat" ist so zeitgebunden und bleibt so stark in dem höchst problematischen Dualismus dieser beiden Wörter verhaftet, daß hier jeder Gedanke an ein ewiges oder absolutes Wort entfällt. *Reinhard Höhns* Untersuchungen über den Staatsbegriff, insbesondere über die Konstruktion der juristischen Staatsperson[29] haben dem Begriffsgerüst des 19. Jahrhunderts einen Stoß versetzt, von dem auch Wort und Begriff des Rechtsstaates betroffen werden. In einer dreigliedrig aufgebauten, in Staat, Bewegung, Volk lebendigen politischen Einheit dürfte das Wort „Rechtsstaat" in demselben Maße überflüssig werden, in dem der Ausbau einer von Grund auf neuen Ordnung sich verwirklicht. Man kann von einem „Rechtsstaat", aber nicht in gleicher Weise von einem „Rechtsvolk" oder einer „Rechtsbewegung" und noch weniger von einem „Rechtsreich" sprechen. Besonders in dieser letzten Unmöglichkeit tritt zutage, daß die Kombination „Rechtsstaat" sowohl an den Rechts- wie an den Staatsbegriff einer bestimmten, dualistisch in Staat und Gesellschaft denkenden Zeit gebunden bleibt. Wenn ein anderer, z. B. der Weltanschauungsstaat vollendet ist und die letzten Nachwirkungen des bisherigen Rechtsstaates aufgehört haben, entfällt sowohl das Interesse, das die Gegner

---

[27] Für *Gotthelf* ist die Idee des Rechtsstaates nur die „legale Sanktion der Selbstsucht" und die Quelle allen Unheils; vgl. den Aufsatz von *Oswald,* Jeremias Gotthelf über Staat, Recht und Gesellschaft, Deutsche Juristen-Zeitung vom 15. Okt. 1934, Sp. 1259. Für den Zusammenhang des Rechtsstaatsbegriffs mit einem volkszerstörenden, das deutsche Bauerntum vernichtenden Kapitalismus ist der Titel eines großen Romanentwurfs von *Gotthelf* sehr aufschlußreich: „Joggi, der Schuldenbauer oder der Rechtsstaat." Der alte Rothschild freilich wird, im Gegensatz zu diesen armen, deutschen „Schuldenbauern", wohl ein „Idealist des Rechtsstaats" gewesen sein.

[28] Siehe oben Anm. 1, S. 122.

[29] *Reinhard Höhn,* Der Wandel im staatsrechtlichen Denken, 1934; Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, 1935.

der nationalsozialistischen Bewegung heute noch an diesem Worte haben, als auch der auf absehbare Zeit noch sehr bedeutende Wert einer Umdeutung des Rechtsstaates zu einer polemischen Überwindung des liberalistischen Gesetzesstaates. Dann wird man das Wort hoffentlich nur noch als Trophäe eines geistesgeschichtlichen Sieges über den bürgerlichen Individualismus und seine Entstellungen des Rechtsbegriffs betrachten.

42. Einleitung und Nachwort zu Günther Krauß und Otto von Schweinichen, Disputation über den Rechtsstaat

Reihe „Der deutsche Staat der Gegenwart“, Heft 17.
Herausgegeben von Prof. Dr. *Carl Schmitt*, Preußischer Staatsrat,
Mitglied der Akademie für deutsches Recht.
Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1935, S. 7–8 und 84–88

Einleitung

Die folgende Disputation hat bei der Promotion des *cand. jur.* Günther Krauß zum Doktor *juris utriusque* am 1. Februar 1935 in der Aula der Berliner Universität stattgefunden. Aus den dort vertretenen Thesen und Gegenthesen wurde eine, die den Rechtsstaat betraf, von dem Doktoranden und dem Opponenten für die Drucklegung ausgearbeitet; wie sich von selbst versteht, ohne wesentliche Änderung des Standpunktes, des Gedankenganges oder der Beweisführung.

Die Veröffentlichung einer juristischen Disputation bedarf eines Wortes der Erklärung, weil wissenschaftliche Disputationen heute nicht mehr üblich sind und diese Einrichtung überhaupt an den meisten deutschen Universitäten kaum noch bekannt sein dürfte.

Eine mündliche Erörterung von Thesen und Gegenthesen gehört meiner Ansicht nach zu jeder guten juristischen Promotion und erst recht zu jeder Habilitation. Auf Grund einer geschriebenen Abhandlung und einiger richtig beantworteter Examensfragen ist man noch nicht Doktor oder Dozent der Rechtswissenschaft. Das sogenannte Kolloquium kann eine Disputation nur in den seltensten Fällen ersetzen, weil die Disputation geistiger Wettkampf, ein „Agon“ sein soll. Wer sich um eine akademische Würde oder um einen wissenschaftlichen Grad bewirbt, hat den Beweis zu erbringen, daß er imstande ist, seine Überzeugung in lebendiger Rede und Gegenrede vor Fachgenossen und Kameraden zu vertreten. Er muß im Streitgespräch zeigen können, daß seine Behauptungen wissenschaftlich durchdacht und Gegenmeinungen gewachsen sind, und daß er auch im gesprochenen Wort als Forscher und Denker seinen Mann zu stehen vermag. Daß Disputationen zu bloßen Wortstreitigkeiten werden können, wissen wir aus der Geschichte unserer Universitäten gut genug, ebenso, daß sie leicht in leere Rhetorik, Eristik und Rechthaberei ausartet. Aber ein erfahrener Lehrer wird das ohne

Aufwand verhindern und alle talmudistischen und sophistischen Zerredungen fernhalten können. Wer sich das nicht zutraut, sollte darauf verzichten, Juristen heranzubilden und zu einem wissenschaftlichen Amt zu erziehen. Ich bin also der Meinung, daß eine richtig gehandhabte gute Praxis akademischer Disputationen unsern juristischen Doktor-Promotionen und Habilitationen ein anderes Gewicht geben würde als sie es heute haben. Die Massenproduktion von Doktortiteln würde durch gründliche Disputationen von selbst gehemmt, und diese sind jedenfalls ein besseres Mittel wissenschaftlicher Prüfung und Erprobung als die seit einigen Jahrzehnten bei uns üblichen Methoden des Doktorbetriebes.

Die folgende „Disputation über den Rechtsstaat“ wird hier als ein Beispiel aus der Praxis veröffentlicht, keineswegs als ein Musterbeispiel in irgendeinem anspruchsvollen Sinne, sondern nur als ein Fall einer Berliner Disputation, bei der eine juristische These herausgegriffen wurde, die wegen ihres Gegenstandes für einen weiteren Kreis von Juristen bedeutungsvoll ist. Das Problem des Rechtsstaates ist seit einigen Jahren in Deutschland wie im Auslande, insbesondere im faschistischen Italien, lebhaft umstritten. Es hat weltanschauliche und politische Untergründe, deren praktische Auswirkungen von großer Tragweite sind. Vor kurzem veröffentlichte ein italienischer Rechtsgelehrter einen besonders interessanten Aufsatz über das Schicksal der Formel „Rechtsstaat“. Mit der überlegenen Ironie eines Sachverständigen lehnt er es ab, in dem Gestrüpp („*ginepraio*“) dieses liberalen Begriffes zu verbleiben. Er meint, man könne den faschistischen Staat als korporativen Staat, als charismatischen Regierungs- oder Führerstaat (Roberto Michels), als monarchisch-präsidentiellen Staat (Donati) oder als Einparteistaat (Meraviglia) bezeichnen, weil damit wenigstens ein Stück konkreter Wirklichkeit getroffen werde, aber man dürfe nicht, wie manche italienischen Juristen es versuchen, das vieldeutige und schillernde Wort „Rechtsstaat“ dadurch noch vieldeutiger machen, daß man auch noch den faschistischen Staat einen Rechtsstaat nenne[1]. Unsere Disputation soll nun an einem Beispiel zeigen, mit welchem wissenschaftlichen Ernst zwei junge deutsche Juristen, beide Nationalsozialisten und von der großen deutschen Bewegung aufs tiefste erfaßt, die gleiche Frage behandeln und ihrer Herr zu werden suchen.

---

[1] Carmelo Caristia, *Ventura i avventura di una formula „Rechtsstaat“, Revista di diritto pubblico*, Bd. 26, Seite 388–408, Rom 1934. Bei der Abfassung meines Aufsatzes: „Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?“ in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 95 (1935), S. 189–201, war mir der Aufsatz Caristias leider nicht bekannt. Meinem verehrten Kollegen von der juristischen Fakultät der Universität Padua, Prof. Salemi, bin ich für den Hinweis auf diese wichtige Veröffentlichung zu besonderem Dank verpflichtet.

Nachwort

Die Beweisführungen der These und der Gegenthese zeigen, daß beide Disputanten in der Beurteilung des bürgerlichen Rechtsstates des 19. Jahrhunderts einig sind. Auch der Vertreter der Gegenthese, der die schwierige Aufgabe übernommen hat, einen „wahren" Rechtsstaat zu verteidigen, versteht darunter nicht etwa einen veredelten, von den „Ausartungen" der Nachkriegszeit gereinigten, „echten" und „ewigen" Liberalismus, sondern meint eine konkrete völkische Ordnung und Gemeinschaft. Dadurch hat die Disputation einen festen gemeinsamen Boden, auf dem sich die Spannungen des Wettstreits ohne die Gefahr der Beziehungslosigkeit steigern und vertiefen können.

Die Verschiedenheiten des wissenschaftlichen Habitus und der philosophischen Gesamthaltung, die hier zutage treten, sind freilich sehr groß. Der Vertreter der These stammt aus dem deutschen Westen, einem hundert Jahre umstrittenen Invasionsgebiet der liberalen Ideen; er kennt daher den schwierigen Kampf mit liberalistischen Tarnungen und mit den landläufigen Begriffen des 19. Jahrhunderts; er ist hellsichtig und hellhörig für den unauffälligen, aber intensiven Nebensinn beliebter Schlagworte. Er ist zugleich Aristoteliker und spricht mit einem Platoniker, der aus dem deutschen Osten stammt. Darin sehe ich eine bedeutende und, dank der Gemeinsamkeit des weltanschaulichen Bodens, besonders fruchtbare Spannung. Im übrigen wäre es ungerecht und schikanös, aus der Ergänzungsbedürftigkeit manches Beweisgrundes billige Einwürfe zu entnehmen. In einem kurzen Streitgespräch kann vieles nur angedeutet werden, und die Disputanten selbst sind sich dessen wohl bewußt. Auch schadet es nichts, daß beide Redner ihren gegenseitigen Argumenten nicht immer restlos gerecht werden. Der Vertreter der These ist nicht so wort-realistisch, und der Vertreter der Gegenthese nicht so unhistorisch-abstrakt, wie es der Gegner in seiner Erwiderung hinstellt. Es gehört nun einmal zu einem echten Streitgespräch, daß manches nicht als endgültige dogmatische Festlegung, sondern eben nur (die Griechen hatten dafür sogar den technischen Ausdruck): *ἀγωνιχῶς* gesagt und gemeint ist.

Zu dem Thema „Rechtsstaat" habe ich mich im NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung und in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 95, Heft 2; geäußert. Ich halte mich an Jeremias Gotthelf und Otto von Bismarck und bleibe dabei, daß das Wort „Rechtsstaat" kein ewiges Wort sein kann[2]. Hier möchte ich nur, unter dem Eindruck der Disputation, noch zwei Andeutungen und Hinweise anfügen.

---

[2] *Johannes Heckel*, dem ich den Hinweis auf Bismarcks Äußerungen über den Rechtsstaat als „Kunstausdruck des Herrn von Mohl" verdanke (vgl. Staatsgefüge und Zusammenbruch, S. 21), macht mich jetzt auf ein verfassungsgeschichtlich sehr

Erstens: wie kommt es, daß man von einem Rechts*staat*, aber nicht von einem Rechts*volk* oder gar von einer Rechts*familie* sprechen kann? Es wäre offenbar auch absurd oder sogar verdächtig, Rechts-„freundschaften“ oder Rechts-„kameradschaften“ zu pflegen. Wenn die evangelische Kirchenlehre des 19. Jahrhunderts von einer Rechts-„kirche“ spricht, so meint sie als Gegensatz eine Geist- oder Liebeskirche. Mit anderen Worten: durch die Verkoppelung mit dem Begriff „Recht“ werden *echte*, natürliche und geistige Gemeinschaften eher gefährdet oder zerstört als gesichert. Die Verkopplung scheint um so weniger möglich, je inniger und natürlicher eine konkrete Ordnung und Gemeinschaft ist. Wer es mit der „Gemeinschaft“ ernst nimmt, wird deshalb auch die Problematik des Wortes „Rechtsgemeinschaft“ bald erkennen. Die Abhandlung von *Reinhard Höhn*, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft (Heft 14 dieser Schriftenreihe) bietet hierfür ein großartiges Beispiel, und ich bedauere nur, daß sie nicht Rechtsgemeinschaft *oder* Volksgemeinschaft heißt, wodurch die Alternative schon im Titel scharf hervorgetreten wäre. Wir müssen also die zahlreichen, mit Hilfe des Wortes „Recht“ bewerkstelligten Doppelbegriffe des letzten Jahrhunderts, wie Rechtsordnung, Rechtsmacht, Rechtsgesetz (Kant) und Rechtsverordnung (Laband), von neuem prüfen; wir müssen insbesondere auch Rudolph Sohms merkwürdige Formulierung „Rechtsbegriff des Rechts“[3] in ihrer Mischung von Paradoxie

---

wichtiges Gegenstück zu Bismarcks Ansicht aufmerksam: Bei der Begrüßung des Allgemeinen Kongresses der Arbeiter- und Soldatenräte im Dezember 1918 erklärte der Volksbeauftrage *Ebert*, es sei der „Sinn der siegreichen Revolution“ vom November 1918 gewesen, „den neuen Rechtsstaat zu errichten“. Eine Grundforderung der Programms der Fortschrittspartei von 1861 und die Postulate Laskers und Jacobys wurden also jetzt erfüllt; auch die Weimarer Verfassung war ein Sieg der „Idealisten des Rechtsstaats“.

[3] Günther Krauß hat sie in seiner Dissertation „Das rechtswissenschaftliche Denken Rudolph Sohms“ eigentlich erst entdeckt, d.h. zum juristischen und geschichtlichen Bewußtsein gebracht; er hat insbesondere gezeigt, daß dieser „Rechtsbegriff des Rechts“ der offenste und mutigste Ausdruck eines positivistischen, d.h. polemisch gegen Religion, Weltanschauung, Sittlichkeit und die sogenannte „materielle“ Gerechtigkeit gerichteten, rein „formalen“ Rechtsdenkens ist; die Formulierung deutet aber auch schon an, daß dieses Rechtsdenken in eine hoffnungslose Sackgasse führt und bei einem völligen Paradoxon endet, indem es das „*summa jus, summa injuria*“ zu einem rechtlichen *Grundsatz* erheben muß. Es ist sehr bedeutungsvoll, daß die Formel *summa jus, summa injuria* gerade bei dem Redner und Philosophen *Cicero* (de officiis I. 33) Verwendung gefunden hat. *Johannes Stroux* hat im Zusammenhang mit dieser Tatsache den Nachweis geführt, daß die hellenistische Philosophie auf dem Wege über die generalisierenden Schemata der *Rhetoren* das römische Rechtsdenken normativistisch und damit, wie er meint, erst „wissenschaftlich“ gemacht hat. Die innige Verbindung von hellenistischer Philosophie, Rhetorik und normativistischen Allgemeinbegriffen ist allerdings einleuchtend. Nur ist die Auseinanderreißung von Recht und Billigkeit, *jus* und *aequitas*, die Folge der Zerstörung des konkreten Ordnungsdenkens. Erst für einen Normativisten wird jene Formel zu einem, wie *Kant* sagt: „Sinnspruch der Billigkeit“, d.h. neben dem „Notrecht“ zum

und Folgerichtigkeit wohl beachten. Dann verstehen wir auch, warum man zwar viel von einem „Rechtsstaat", aber nichts von einem „Pflichtstaat" hört. In allen diesen „Verrechtlichungen" zeigt sich dieselbe spezifisch bürgerlich-rechtsstaatliche *Tendenz zur Reduzierung* sowohl des Rechtsbegriffs wie der einem solchen Rechtsbegriff unterstellten konkreten Ordnung, eine Tendenz, die mit großer Folgerichtigkeit beim „Rein Rechtlichen", d.h. bei der normativistischen Zersetzung der Gemeinschaftssubstanz endet.

Zweitens: Wie konnte es dem bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts gelingen, sich hundert Jahre lang mit solchem Erfolg als *den* Rechtsstaat auszugeben, obwohl er doch nur, worüber beide Disputanten mit *Heinrich Lange* einig sind, ein unter jener typischen Reduzierung von Recht und Staat zustande gekommener Gesetzesstaat ist? Wir sehen heute, welchen entscheidenden politischen Erfolg der Liberalismus dadurch errungen hat, daß er alle wesentlichen Begriffe, wie Verfassung, Gesetz und Gericht, in seinem Sinne umdeuten durfte, ohne ernsthaften Widerspruch zu finden. Das war ihm möglich, weil er den „Geist der Zeit" auf seiner Seite hatte und die Denkweise des 19. Jahrhunderts total beherrschte. Sonst hätte sich auch der preußisch-evangelische Konservativismus wohl kaum auf die traurigen Künste eines Jolson-Stahl eingelassen, dem der Vertreter der These so erledigend die christlich-deutsche Maske abgenommen hat. Alle juristischen Grundbegriffe dieses 19. Jahrhunderts sind unabtrennbare Bestandteile eines in sich geschlossenen, daher in sich unwiderleglichen, individualistischen Denksystems. Sie führen alle in die gleiche Richtung. Neulich hat ein junger Jurist, Albrecht Wagner, in einer kurzen, aber inhaltsreichen Glosse der „Deutschen Juristen-Zeitung" vom 15. Juni 1935 (Sp. 740) darauf hingewiesen, daß der Sieg der Begriffe „Staatsbürger" und „Rechtsstaat" mit der Judenemanzipation zusammenfällt. Auch „Staatsbürger" war ein typischer Allgemeinbegriff des individualistischen Systems und ein Gegenbegriff gegen Stadtbürger, Bauer, Adeliger, aber auch gegen Soldat, Arbeiter, Deutscher, kurz, gegen jede konkret-ständische oder konkret-völkische Ordnungsbestimmung. Am Anfang und am folgerichtigen Ende einer solchen Denkreihe steht die Figur des „Weltbürgers", der natürlich ein Welt-„*Bürger*" und nicht etwa ein Weltbauer oder Weltarbeiter ist und dessen Heimat und Vaterland „die Menschheit" bleibt, gleichgültig, welche „zuständige Stelle" sein subjektives Recht auf Ausstellung eines Reisepasses erfüllt und welches zuständige Gericht ihn vor „Eingriffen" in seine „Freiheitsrechte" schützt. Diesem humanitären Weltbürgertum ist nun etwas ähnliches gelungen wie dem bürgerlichen

---

Ausweg aus der Sackgasse des Normativismus. Ein konkretes Ordnungsdenken setzt weder das Recht noch die Billigkeit in Gegensatz zur Gerechtigkeit, spielt das Recht nicht gegen die Billigkeit und diese nicht gegen das Recht aus und verwechselt vor allem auch die Billigkeit nicht mit der Gnade.

Rechtsstaat, nämlich der Kunstgriff, durch Zerstörung der konkreten Ordnungen sich selbst als einen absoluten „Wert“ zu setzen. Ich will versuchen, das mit einigen Worten zu erklären, weil es für die wesensmäßige Verbindung des staats- und weltbürgerlichen Rechtsstaates mit dem humanitären Menschheitsbegriff sehr aufschlußreich ist.

Bei Ernst Jünger findet man den Satz: „Das Gegenteil der Humanität ist nicht die Barbarei, sondern die Divinität“. Sagen wir statt Barbarei lieber Bestialität, weil dadurch der Sachverhalt deutlicher wird. Der humanitäre Menschheitsbegriff hat sich emanzipiert, indem er das ihm übergeordnete Göttliche und Übermenschliche verschwinden ließ und sich selbst gegenüber einem zweifellos minderwertigen Vergleichsobjekt, der Barbarei oder der Bestialität, als einzige noch in Betracht kommende Größe um so reiner anhob. Das ist eine ziemlich einfache und billige Weise, sich selbst ins Absolute zu erheben und den Gegner zu disqualifizieren. Selbstverständlich muß jeder, der sich auf die Alternative: Humanität oder Bestialität? überhaupt einläßt, für die Humanität sein, sonst steht er eben als Bestie da. In derselben Weise ist es dem staats- und weltbürgerlichen Rechtsstaat gelungen, sich selbst, unter Verschwindenlassen der ihm übergeordneten und überlegenen Gemeinschaftsformen, vor allem der auf gemeinsamer Sittlichkeit und Weltanschauung begründeten Gemeinschaften, als den ausschließlichen Gegensatz zum rohen und brutalen „Machtstaat“ auszugeben und sich dadurch ebenfalls als einen absoluten „Wert“ zu etablieren. Wer sich auf solche Alternativen von Rechtsstaat und Machtstaat einläßt, tritt dadurch auf den Begriffs- und Gebetsteppich des staats- und weltbürgerlichen Liberalismus. Er betet die liberale Litanei bereits mit und ist infolgedessen schon besiegt, bevor der Kampf begonnen hat.

So wird unser Streit in der Kriegszone tiefster, säkularer Auseinandersetzungen ausgetragen. Mancher glaubt vielleicht, ihn als „Wortstreit“ abtun oder auf eine „rein juristische“ Frage reduzieren zu können, und beweist damit nur, daß er selber noch ganz auf dem Boden steht, dessen Solidität so zweifelhaft geworden ist. Er täuscht sich selbst und schaltet sich aus. Unsere Disputation dagegen sucht mit großer Entschiedenheit den eigenen Boden zu gewinnen. Sie macht damit einen guten Schritt vorwärts. Wir haben uns in den letzten Jahren viele anmaßenden Belehrungen über den Rechtsstaat gefallen lassen müssen, die nichts waren als die Wiederholungen der alten liberalen Schlagworte von Rechtsstaat und Machtstaat, die weder die geschichtliche noch die rechtsphilosophische Problematik des Begriffes kannten und aus diesem Mangel womöglich noch den Vorzug ableiten wollten, besonders „juristisch“ oder „positiv“ zu sein. Ihnen sind die Darlegungen unserer Disputation, bei aller Bescheidenheit ihrer Absichten und Ansprüche, weit überlegen. Auch unsere philosophischen Bemühungen sind nicht etwa unjuristische Abschweifungen, sondern ein unmittelbar notwendiger Teil der juri-

stischen Arbeit an der Klärung eines folgenreichen und verhängnisvollen Begriffes. Die Klärung besteht vor allem darin, daß die mannigfachen Bestrebungen, sich des Wortes „Rechtsstaat" zur Assimilation liberaler oder national-liberaler Staatsideale zu bedienen, jetzt endgültig durchschaut sind. In Zukunft wird sich Niemand mehr in dem Zwielicht solcher Versuche betätigen können. Der Spielraum einer gewissen Wahlfreiheit, der für die Verwendung philosophischer und juristischer Benennungen stets offen bleibt und auch dem Wort „Rechtsstaat" zugute kommt, ist durch diese Disputation auf das klarste umgrenzt. Das ist eine rechtswissenschaftliche Leistung; sie verdient, glaube ich, alle Anerkennung und ernsthafte Beachtung.

43. Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft

Deutsche Juristen-Zeitung, 41. Jg., H. 1, 1. Januar 1936, Sp. 15–21

I. Wenn *Savigny* vor 100 Jahren seinem Zeitalter den Beruf zur Gesetzgebung absprach, so tat er das, um ihren Beruf zur Rechtswissenschaft um so nachdrücklicher hervorzuheben. Seine berühmte, im Jahre 1814 erschienene Schrift heißt: „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung *und Rechtswissenschaft*“. Wir sprechen heute unserer Zeit den Beruf zur Gesetzgebung nicht mehr ab; aber das soll nicht bedeuten, daß wir dafür nunmehr auf ihren Beruf zur Rechtswissenschaft verzichten müßten. Das neue, mit den neuen Gemeinschaften entstehende Recht und die neue Art unserer Gesetzgebung, die mit der Methode früherer Kodifikationen nicht verwechselt werden darf[1], weisen vielmehr der Rechtswissenschaft große Aufgaben zu, an denen sie sich zu bewähren hat.

Heute wird das deutsche Recht und damit auch seine wissenschaftliche Lehre in erster Linie dadurch bestimmt, daß das deutsche Volk seine völkische Lebensordnung durch den Führer der nationalsozialistischen Bewegung gefunden hat. Dabei ist das Werk der deutschen Rechtserneuerung nicht etwa nur Sache des Gesetzgebungsverfahrens; diese Aufgabe trifft mit voller Verantwortung auch die deutsche Rechtswissenschaft. Nur ist die Gesamtlage, in der sie steht, so tief verändert, daß es notwendig ist, sich des Unterschiedes von ihrer bisherigen, durch viele Jahrhunderte deutscher Geschichte bestimmten Gesamtlage bewußt zu werden.

II. Die Rechtswissenschaft kann sich in verschiedenen Zeiten zu der politischen Gesamtordnung ihres Volkes in verschiedener Weise verhalten. Es ist das Normale, daß sie in den konkreten Ordnungen ihrer Zeit und ihres Volkes positiv mitarbeitend tätig wird. Hierbei bedeutet „positiv“ allerdings etwas anderes, als der juristische Positivismus des liberalen Gesetzesstaates. Dieser stellt das Gesetz normativistisch in einen Gegensatz gegen die politische Führung und nötigenfalls auch gegen den Gesetzgeber selbst; für ihn ist es typisch, sich darauf zu berufen, daß das Gesetz klüger ist als der Gesetzgeber. In den wahrhaft großen Zeiten der Jurisprudenz dagegen ist der Rechtswahrer ein lebendiger Teil der konkreten Ordnung und des Status, dessen Recht er zu

[1] Darüber der Aufsatz „Kodifikation oder Novelle?“ DJZ 1935 Sp. 919 [in dieser Ausgabe S. 275–281].

wahren hat. Er ist sozusagen die ratio ordinis und, soweit der Staat vor allem Ordnung ist, auch die eigentliche ratio status und die „vigens disciplina“[1a]. Die großen Zeiten der Rechtswissenschaft sind keineswegs demokratische oder rechtsstaatliche Zeiten im Sinne des liberalen Begriffs von Demokratie oder Rechtsstaat[2]. Zu der Autorität des berühmten, mit dem jus respondendi ausgestatteten römischen Jurisconsultus gehört die Autorität eines römischen Cäsar Augustus, die auctoritas Divi Augusti (Dig. 2, 49).

In anderen Zeiten hat die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe darin gesehen, mit den bestehenden Zuständen zu „rechten“ und eine negativ-kritische Haltung einzunehmen. Sie „hat“ dann das Recht und spielt es, im eigentlichen Sinne „rechthaberisch“, gegen die politische Führung aus. Das ist auch der Sinn der Begriffsbildung „Rechts-Staat“. Gegenüber der Legalität eines erstarrten, lebens- und wachstumsfeindlichen status quo kann das einen guten Sinn haben, wenn es dem Recht werdender und wachsender Ordnungen vorarbeitet, oder wenn die von artfeindlichen Mächten bedrohten völkischen Ordnungen verteidigt werden sollen. Die Haltung des Rechthabers kann aber auch ein Mittel individualistischer und internationalistischer Unterwühlung sein, wie das bei einem großen Teil der liberalen Rechtswissenschaft des 19. u. 20. Jahrh. der Fall gewesen ist. Man hat die Soziologie des 19. Jahrh. treffend als „Oppositionswissenschaft“ bezeichnet, doch gilt diese Kennzeichnung auch für einen großen Teil der Rechtswissenschaft jener Zeit. Als es einem jüdisch-freimaurerisch geführten Liberalismus gelungen war, sich des Begriffes der Wissenschaft propagandistisch zu bemächtigen und ihn als eine politische Waffe gegen den deutschen Staat einzusetzen, war „Wissenschaft“ überhaupt ein Oppositionsbegriff geworden, und dienten die bekannten Antithesen von Macht und Recht, Macht und Geist. Politik und Recht, Politik und Geist und daher auch die Antithese von Politik und Rechtswissenschaft vor allem dazu, die noch bestehenden konkreten Ordnungen des deutschen Gemeinwesens und die besten Leistungen deutschen Geistes, in erster Linie den preußischen Soldaten- und Beamtenstaat, von innen heraus zu zersetzen. Ungerechteste Verständnislosigkeit, sogar völlige Beziehungslosigkeit artfremder Autoren durften sich in einer solchen Zeit als vorurteilslose Wissenschaft ausgeben. In zwei bedeutenden Aufsätzen unserer Zeitschrift (Deutsche Romanistik?, DJZ 1934, Sp. 1493, und Der Verfall des Persönlichkeitsgedankens, DJZ 1935, Sp. 406) hat *Heinrich Lange* diese Entwicklung geschildert.

[1a] Über diesen wichtigen und auch heute noch fruchtbaren Begriff vgl. die Berliner Jur. Diss. 1897 von *Hans Meydenbauer*, Vigens ecclesiae disciplina, die aber leider infolge ihres zeitgebundenen normativistischen Rechtsbegriffs an der entscheidenden Frage – warum muß ein Rechtswahrer der konkreten Ordnung, die er wahrt, selbst angehören? – vorbeigeht.

[2] Dieses zu *Johannes Stroux*, Summum jus, summa injuria, Leipzig 1926, S. 5 Anm. 2.

Außer der eindeutig positiven und der eindeutig oppositionellen Gesamthaltung der Rechtswissenschaft ist aber noch eine dritte Möglichkeit zu erwähnen, die für die deutsche Rechtsgeschichte leider die größte Bedeutung erhalten hat und ohne deren Erkenntnis die Gesamtlage der deutschen Rechtswissenschaft nicht richtig beurteilt werden kann: die Rechtswissenschaft versucht öfters, den Mangel einer starken Autorität zu ersetzen und statt der politischen, Freund und Feind von sich aus bestimmenden Einheit des Volkes eine bloße „Rechtsgemeinschaft“ als Ersatz einer wirklichen Gemeinschaft zu konstruieren. Sie tritt in ein politisches Vakuum ein und sucht es von ihrer Seite her auszufüllen. Sie wird darum selbst zu einem politischen Surrogat. In dieser Lage fließen ihr mancherlei Vorteile zu; die Zahl der Prozesse und Gutachten wächst; Lehrmeinungen haben einen großen Einfluß und es entsteht eine besondere Art von Autorität, über deren Surrogatcharakter man sich aber nicht täuschen darf. Die deutsche Rechtsgeschichte liefert hierfür vom Mittelalter bis zur jüngsten Zeit viele anschauliche Beispiele. Wenn man sagen darf, daß unsere Rechtsgeschichte seit 500 Jahren zu einem großen Teil eine Geschichte von Rezeptionen fremder Rechte ist, so darf man dabei nicht vergessen, daß diese *Rezeptionen fremden Rechts von der Rechtswissenschaft getragen* worden sind.

In seinem Aufsatz „Deutsche Rechtsentwicklung und Kodifikation“ hat *Rudolf Sohm* (1874) die bekannte These vertreten, daß die Rezeption des römischen Rechts nicht die Rezeption eines Rechts, sondern einer Rechtswissenschaft gewesen ist. Dieser Satz ist über seinen Anlaß hinaus von größter Bedeutung und Aktualität, wie denn auch im Ganzen jener Aufsatz des jungen *Sohm* durch seine Sprache und seine Fülle aktueller Gedanken den heutigen Leser unmittelbar ergreift. In der jahrhundertelangen Agonie des Römischen Reiches Deutscher Nation half die Rechtswissenschaft in Deutschland ein politisches Vakuum ausfüllen; sie schuf ein „gemeines deutsches Recht“, das mangels einer politischen Einheit Deutschlands wenigstens eine Art von „Rechtsgemeinschaft“ bedeutete. Das deutsche Kaisertum hatte nicht die Kraft, den Zuwachs an Macht und Ansehen an sich zu ziehen, der sowohl gegenüber dem Papst wie gegenüber den Territorialgewalten in einem kaiserlichen Recht hätte liegen können; dieser Zuwachs kam der deutschen Vielstaaterei zugute, deren Juristentum das, was im Corpus juris über den princeps gesagt war, nicht auf den Kaiser, sondern auf den Landesherrn bezog. Für das Reich blieb ein „wissenschaftliches“ gemeines Recht übrig, mit einem Reichskammergericht, das in Speyer und (seit 1693) in Wetzlar seinen Sitz hatte und das eher in Mühlhausen oder Dinkelsbühl[3] als an einem Punkt

---

[3] Nach der Zerstörung von Speyer haben sich außer Wetzlar nur noch die Bürgerschaften von Mühlhausen und Dinkelsbühl, und auch diese nur im Gegensatz zu ihren Stadtobrigkeiten, dazu bereiterklärt, das Reichskammergericht aufzunehmen.

irgendeiner noch so schwachen politischen Führung residieren durfte. Seitdem die konfessionelle Spaltung des deutschen Volkes unwiderruflich geworden war, etwa seit 1530, hatte das deutsche Volk seine einzige einheitliche Darstellung des Reichsganzen an diesem Gericht, das weder die politische Einheit des Reichs noch eine innere Befriedung Deutschlands bewirken konnte. Dagegen war es mit seinem dreihundertjährigen Prozeßbetrieb eine Brutstätte der politischen Krankheit, die man das „rührende Legalitätsbedürfnis" der Deutschen genannt hat[4].

Für die meisten gebildeten Deutschen ist die Erinnerung an das Reichskammergericht vielleicht mit den Namen *Goethe* oder Freiherr *vom Stein*, nicht aber mit den Namen irgendeines seiner Juristen verbunden[4a]. Leider ist damit nicht etwa gesagt, daß diese Jahrhunderte eines juristisch ausgefüllten politischen Vakuums ohne tiefgehende Folgen und Nachwirkungen geblieben wären. In dieser trüben Zeit haben sich vielmehr die Auseinanderreißungen von Theorie und Praxis, Recht und Politik, privatem als dem allein juristischen, öffentlichem als einem rechtswissenschaftlich nicht ebenbürtigen Recht eingewurzelt, die der liberale Individualismus des 19. Jahrhunderts so gründlich auszunutzen verstand, und die in zähem Fortleben bis ins 20. Jahrhundert hinein unausrottbar zu sein schienen[5]. Ihren hoffentlich letzten Triumph haben sie in dem Prozeß Preußen gegen Reich und in dem Urteil des Staatsgerichtshofes in Leipzig v. 25. Okt. 1932 gefeiert[6]. Die Rechtswissen-

---

Rudolf Smend, Das Reichskammergericht, Weimar 1911, der diese Tatsache feststellt, bemerkt dazu: „Der Ort mußte einigermaßen im Winkel liegen, außerhalb des Bereichs konsolidierter Territorien, die – abgesehen von der Abneigung gegen die dem Gericht anhängende dreifache Religionsübung – einen derartigen Fremdkörper, von dem sie Durchbrechungen der eigenen Standeshoheit bei irgendwelcher Berührung fürchteten, nicht einmal in der Nähe ihrer Grenzen dulden wollten."

[4] Der Ausdruck „rührendes Legalitätsbedürfnis" stammt von *Rudolf Smend*, der ihn für die Haltung der deutschen Protestanten des 16. Jahrhunderts gebraucht hat (aaO. S. 161). Luther sprach 1541 vom Reichskammergericht als der „Teufelshure" in Speyer.

[4a] *Aloys Schulte*, Der deutsche Staat; Verfassung, Macht und Grenzen, Stuttgart u. Berlin 1933, S. 161.

[5] *Rudolf Gneist* sagt darüber (Der Rechtsstaat, 1872, S. 149): „Die eigentümliche Zusammensetzung unseres Privat- und Strafrechts und das geringe Interesse, welches das entschwundene Reichsstaatsrecht dem Rechtsstudium darbot, gewöhnte unsere Juristen an eine ständige Scheidung zwischen Theorie und Praxis. Das ganze Staatsrecht wurde von dem Richter und Anwalt zur Theorie gerechnet." Eine andere Nachwirkung zeigt *Albrecht Wagner* in seiner Berliner juristischen Dissertation 1935: Preußische Verwaltung und Justiz als selbständige Ordnungen, dargelegt an der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des preußischen Gesetzes betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen von 1854.

[6] Die Schrift von *E. R. Huber*, Reichsgewalt und Staatsgerichtshof, 1932, ist in diesem rechtsgeschichtlichen Zusammenhang von besonderer, für die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft wesentlicher Bedeutung.

schaft des 19. Jahrhunderts und der juristische Lehrbetrieb der deutschen Universitäten hat solchen Denkweisen die wissenschaftliche Grundlage und Sanktion verliehen. Jahrhundertelang war Deutschland statt einer politischen Einheit nur eine „Rechtsgemeinschaft". Aus dieser geschichtlichen Tatsache erklärt es sich, daß die Vorstellung einer „Rechtsgemeinschaft" in der deutschen Rechts- und Staatslehre unausrottbar war, bis *Reinhard Höhn* sie (in seiner Abhandlung „Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft" 1935) richtig erkannt und überwunden hat.

III. Der große Erfolg der historischen Schule Savignys schien ein einziger, voller Triumph der Rechtswissenschaft zu sein. Das Preußische Allgemeine Landrecht, ein bewunderungswürdiges Werk preußischer Gesetzgebungs- und Regierungskunst, wurde von ihr als ein Produkt rationalistischen Gesetzemachens mit Geringschätzung behandelt. Gesetzgeberische Kodifikationen galten ihr als Zeichen völkischer Überalterung und Austrocknung der Lebenssäfte. Der Rechtsgelehrte siegte über den Gesetzgeber. Aber so groß der Erfolg dieser rechtswissenschaftlichen Selbstbesinnung auf die Würde der Rechtswissenschaft auch gewesen sein mag, die eigentliche Wirkung der historischen Rechtslehre beruhte doch schließlich nur darauf, daß auch sie ein politisches Vakuum ausfüllen half. Daraus erklärt sich ihr Glück und ihr Ende; darin liegt auch der Grund der vielen Selbstwidersprüche, an denen sie scheitern mußte. Sie steht zwischen dem Ende der absoluten Monarchie und dem Sieg der nationalliberalen Bewegung. Es war ihre große Leistung, in dem Zwischenraum zwischen diesen beiden Verfassungssystemen das wissenschaftliche System eines gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts geschaffen zu haben. Im übrigen ist uns ihr innerer Zwiespalt heute offenkundig geworden[7]. Diese Rechtsschule hat unter Berufung auf den Volksgeist das römische Recht in Deutschland neu eingeführt. Sie sprach von organischem Wachstum und beseitigte die organischen Anpassungen, die sich im Laufe der rechtsgeschichtlichen Entwicklung in Deutschland durch einen vernünftigen „usus modernus" herausgebildet hatten. Ihre Lehre vom natürlich wachsenden Volksgeist diente dazu, eine antiquarisch gelehrte Restauration des römischen Rechtes zu begründen. Der im Namen der Geschichte geführte Kampf gegen das Naturrecht verdrängte zwar die Herrschaft naturrechtlicher Theorien, kam aber nicht einem lebendigen Gewohnheitsrecht, sondern schon nach kurzer Zeit einem neuen Gesetzespositivismus zugute, der auf der Grundlage liberaler Kodifikationen seine unwidersprochene Herrschaft er-

---

[7] *Karl Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. 1935, S. 161; Berichte über die Lage des Studiums des öffentlichen Rechts (Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 12) S. 58; R. *Höhn*, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, S. 28; *Hans Thieme*, DJZ 1935, Sp. 220, und demnächst wieder in DJZ über die Methode des jungen Savigny; *Krauß-Schweinichen*, Disputation über den Rechtsstaat, S. 80.

richten konnte. Die Lehre vom Volksgeist und die Wiederbelebung des geschichtlichen Sinnes drangen nicht zu Blut und Boden vor, sondern blieben eine Angelegenheit der „Bildung", und zwar typisch bürgerlicher Bildung des 19. Jahrhunderts[8)]; sie führte diese Romanisten nicht zum deutschen Volk, sondern in eine römische Rechtshistorie. Der Triumph der Rechtswissenschaft über den Gesetzgeber erwies sich als ein Scheinsieg. Der Zuwachs an Autorität, der der Rechtswissenschaft in der Lage eines politischen Vakuums zufiel, hatte nur Surrogatcharakter und keine echte Dauer.

Auf verfassungsrechtlichem Gebiete tritt seit den ersten Erfolgen der liberalen Bewegung, etwa seit 1830, ein „*gemeines*" oder „*allgemeines*" *deutsches Staatsrecht* dem gemeinen Privatrecht zur Seite. Auch dieses gemeine Recht wurde von der Rechtswissenschaft geschaffen[9]; auch hier war die „Schöpfung" in Wahrheit nur eine Rezeption, nämlich eines angelsächsisch-französischen Konstitutionalismus. Durch rechtswissenschaftliche Abstraktion dessen, was den Verfassungen der einzelnen Staaten des deutschen Bundes gemeinsam war, konstruierte man auf liberal-konstitutioneller Grundlage eine deutsche Verfassungsrechtsgemeinschaft. Die neue Rechtsdisziplin war, nach einer treffenden Formulierung von *Joseph Held* (Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts, 1868), „sowohl ein Protest des staatlichen Einheitsdranges gegen die politische Zerstückelung der Nation wie zugleich ein Hebel der liberalen Freiheit gegen die Reste von Absolutismus und Feudalismus". Der wissenschaftliche Erfolg ging mit der politischen Entwicklung genau gleichen Schritt. An allen deutschen Universitäten wurde das allgemeine Staatsrecht bei der Begründung und Besetzung der akademischen Lehrstühle berücksichtigt. Noch im Jahre 1882 wird es vom Reichsgericht (vgl. RGZ 7 S. 52) als Rechtsquelle zitiert. Mit der Gründung des Bismarckschen Reiches entfiel die politische Voraussetzung dieser Disziplin, als deren Höhepunkt wohl *Joh. Caspar Bluntschlis* „Allgemeines Staatsrecht" (1. Aufl. 1851, 5. Aufl. 1875) anzusehen ist. Seit 1890 war auch auf dem Gebiet des Staatsrechts der Sieg eines „neutralen" Positivismus entschieden.

Dafür erweiterten sich dann die rechtswissenschaftlichen Abstraktionen des liberalen Konstitutionalismus von einem allgemeinen deutschen Staatsrecht zu einer „*allgemeinen Staatslehre*" überhaupt. Das unter diesem Titel zuerst 1900 erschienene Buch von *G. Jellinek* wurde zu ihrem Prototyp. In ihr suchten sich die liberalen Begriffe in der Form einer abstrakten „Allgemeinheit" Allgemeingültigkeit zu verschaffen und zu Menschheitswerten aufzuwerten. Sie stellten sich selbst als rein juristisch, rein wissenschaftlich und schließlich überhaupt als allein „rein" hin, womit dann jede nichtliberale,

---

8 Vgl. hierzu *E. Forsthoff*, Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert, Zschr. f. d. ges. Staatsw., 96. Bd., 1935, S. 54.

9 Hierzu *C. F. v. Gerber*, Über öffentliche Rechte, 1852, S. 8 ff.

insbesondere jede völkische Rechtslehre als unwissenschaftlich und „unrein" disqualifiziert wurde[10]. Die beachtenswerten Ansätze zu einer rechtswissenschaftlichen Erkenntnis der Rasse, die sich bei manchen deutschblütigen Liberalen, z.B. bei *J. C. Bluntschli*, finden und die sogar in seinem Staatswörterbuch zu einem staatstheoretisch interessanten Artikel „Rasse und Individuum" geführt hatten, wurden jetzt vernichtet. Auch das *Völkerrecht* suchte man mit dieser Methode zu ergreifen, was um so leichter möglich war, als die „Völkerrechtsgemeinschaft" der liberalen Zivilisation und eine ihr zugehörige Rechtstheorie des Genfer Völkerbundes in der Tat auf solchen Allgemeinbegriffen und Fiktionen beruhte. Die Zeit der Scheinblüte dieser Art Völkerrechtswissenschaft liegt in den Jahren 1919–1933. Das war zugleich die Zeit furchtbarsten Unrechts und traurigster Unordnung Europas wie der ganzen Erde[11]. Im übrigen wäre es unbillig, die Leistung des Allgemeinen Deutschen Staatsrechts der Jahre 1815–1866 mit der Rechtswissenschaft des status quo von Versailles gleichzusetzen. Das Allgemeine Deutsche Staatsrecht der Zeit von 1830–1870 war liberales Rezeptionsrecht des westlichen Konstitutionalismus; aber es hatte doch gegenüber der Versailler Völkerbundsjurisprudenz um ebensoviel mehr wissenschaftliche Substanz, als der Deutsche Bund von 1815 der Genfer Staatengesellschaft von 1919 an politischer, völkischer und rechtlicher Substanz immerhin überlegen ist.

IV. Im Führerstaat wird die Stellung der Rechtswissenschaft nicht mehr durch die Aufgabe bestimmt, ein politisches Vakuum auszufüllen. Auch der für die konstitutionelle Monarchie und ihren „bürgerlich-legitimistischen Kompromiß" typische Dualismus von Staat und Gesellschaft, Verwaltung und Justiz, öffentlichem und privatem Recht ist überwunden. Die Rechtswissenschaft steht eindeutig in der Gesamtordnung der deutschen Volksgemeinschaft, die sich in neuen Gemeinschaften und Ordnungen, in Partei, Staat, Stand, Betrieb neue rechtliche Gestaltungen schafft. Damit sind alle dualistischen liberalen Antithesen vom Kampf der Macht mit dem Recht, des Staates mit der Gesellschaft überwunden. Das rechtswissenschaftliche Leben des deutschen Juristentums hat im Reichsrechtsamt der Partei, im BNSDJ und in der Akademie für Deutsches Recht neue Einrichtungen erhalten, durch welche die große Überlieferung der deutschen Rechtswissenschaft nicht verleugnet, wohl aber eine Erneuerung des gesamten deutschen Rechtswahrertums ermöglicht ist.

---

[10] *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (5. Aufl. 1929) S. 80, tut die Rassenlehren als „Hypothesen" ab, die sich „jedem anbieten, der seinen politischen und sozialen Velleitäten ein wissenschaftliches Mäntelchen umhängen will".

[11] *Carl Schmitt*, Nationalsozialismus und Völkerrecht, Schriften der Dtsch. Hochschule für Politik, Heft 9, Berlin 1935 [in dieser Ausgabe S. 182–199].

Jede bedeutende rechtswissenschaftliche Erörterung führt sehr schnell in die weltanschaulichen Grundfragen des Rechts und der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung. Ich stimme *Paul Ritterbusch* darin zu, daß die eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft heute wieder philosophischer Art ist, und sehe in dem Aufsatz, den *Karl Larenz* in den von der juristischen Fakultät der Universität Kiel herausgegebenen „Grundfragen der Rechtswissenschaft" veröffentlicht hat, eine Bestätigung dieser Einsicht. Dabei versteht es sich von selbst, daß wir unter Philosophie und Rechtsphilosophie nicht etwa die Methodologien, Erkenntnistheorien oder ähnliches verstehen, die im letzten Jahrhundert darunter verstanden wurden. Die weltanschauliche Vertiefung, die mit dem Wort „philosophisch" gemeint ist, erstrebt keine Entfernung von der Wirklichkeit konkreter Lebensordnungen, sondern nur eine von jeder individualistischen Überheblichkeit und jeder normativistischen Anmaßung gereinigte Wesenserkenntnis. So verstehe ich auch den Satz des *Roger Baco*, daß einige Kapitel des Aristoteles mehr Rechtswissenschaft enthalten als das ganze Corpus juris civilis, und so können wir vielleicht noch hinzufügen, daß für das Verhältnis einiger Kapitel von Hegels Rechtsphilosophie zu den bürgerlichen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts und der ihnen zugehörigen Rechtswissenschaft Entsprechendes zu sagen wäre.

Die politische Ordnung eines völkischen Führertums nimmt uns die Möglichkeiten aller Arten des Rechthabertums, aber sie macht uns für eine neue wissenschaftliche Aufgabe frei; sie bewahrt uns sowohl vor der Scheinautorität der früheren Rezeptionswissenschaft wie vor der wissenschaftlichen capitis diminutio gegenüber dem Gesetzgeber, die ein gesetzesstaatlicher Positivismus notwendigerweise zur Folge hat. Heute liegen alle Zukunftsmöglichkeiten der deutschen Rechtswissenschaft darin, daß es ihr gelingt, ebenso wie das ganze deutsche Juristentum *aus einem Rechthaber zu einem Rechtswahrer* zu werden.

44. Rezension: Francisco Javier Conde, El Pensamiento Politico de Bodino

El Pensamiento Politico de Bodino. Von *Francisco J. Conde*.
Sonderveröffentlichung aus dem Annuario de Historia del Derecho. Madrid, 1935.
Deutsche Juristen-Zeitung, 41. Jg., H. 3, 1. Februar 1936, Sp. 181–182

Condes Abhandlung über Bodinus verdient unsere größte Aufmerksamkeit; sie ist ein bedeutender gelehrter Beitrag zur Geschichte der modernen Staatslehre. Heute, da die Problematik des Staatsbegriffs von allen Seiten und in allen Ländern aufbricht, tritt Bodinus, der Vater des modernen Staatsrechts und seines Souveränitätsbegriffs, von selbst wieder in den Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Erörterung. In Frankreich hat ihn in unseren Tagen *André Gardot* als einen Gründer des modernen Völkerrechts hingestellt, bei uns noch vor kurzem (neben den Dissertationen von *Fickel* und *Buddeberg)* vor allem *R. Höhn* den Staatsbegriff des Bodinus in die Geschichte des individualistischen Staatsbegriffs eingereiht (Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, Berlin 1935, S. 76f.). Conde gibt jetzt eine systematische Darlegung der *politischen Theologie und Metaphysik* des Bodinus. Der Aufbau ist folgender: Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft und insbesondere des Staates ist nach Bodinus die *Gerechtigkeit*; diese ist nicht möglich ohne *Religion* und ohne die Vorstellung eines höchsten Wesens; Gehorsam gegen die Gesetze ist nicht möglich ohne gegenseitige *Freundschaft* (amicitia). Auf der Grundlage der „Freundschaft" und eines „Minimums an Religion" erhebt sich der im übrigen grundsätzlich „neutrale" und „tolerante" Staat, dessen Souveränitätsbegriff nur dadurch möglich wird, daß er in der geschichtlichen Lage des 16. Jahrhunderts angesichts der blutigen konfessionellen Bürgerkriege zwischen Katholiken und Protestanten eine die konfessionellen Streitpunkte vermeidende und insofern neutrale Einheit bildet. Dieser systematische Aufbau bringt die Verbindung der Begriffe des souveränen und des neutralen Staates zum Bewußtsein. Aus ihm ergibt sich sowohl die geschichtliche Rechtfertigung wie auch, für heute, die geschichtliche Überholtheit des Bodinschen Souveränitätsbegriffs. Der Verfasser deutet aber an, daß er eine analoge Erweiterung aus der innerstaatlichen Lage Frankreichs im 16. Jahrhundert auf die zwischenstaatliche Lage des heutigen Europa im 20. Jahrhundert für möglich hält.

Condes Arbeit ist mit großer Sorgfalt, mit guter Literaturkenntnis und echt philosophisch-konstruktivem Sinn geschrieben. Daß Bodins Souveränitätsbe-

griff von einem neutralen uud toleranten Monotheismus abhängig ist, wird sehr deutlich. Infolgedessen ist neben Bodins „Sechs Büchern über die Republik“ vor allem sein „Heptaplomeres“ die wichtigste Grundlage für Condes Buch. Im engsten Zusammenhang mit dieser Lehre vom neutralen Staat und dieser Art toleranten Monotheismus ist es für uns von Bedeutung, daß *Hermann Conrings* oft angezweifelte Behauptung, Bodin sei mütterlicherseits jüdischer Abstammung, inzwischen durch *E. Pasqué* (Revue d’Histoire de l’Eglise de France, Bd. XIX, 1933, S. 457 ff.) bestätigt worden ist: Seine Mutter, Catalina Dutestre, war eine spanische Jüdin, die aus dem „intoleranten“ Spanien in das „tolerantere“ Frankreich emigriert war.

45. Sprengung der Locarno-Gemeinschaft durch Einschaltung der Sowjets

Deutsche Juristen-Zeitung, 41. Jg., H. 6, 15. März 1936, Sp. 337–341

I.

Umfang und Inhalt der einseitigen Entmilitarisierung der Rheinlande sind öfters dargestellt und vor allem von [Karl] Linnebach[1] mit gutem Material auseinandergesetzt worden. Es genügt, daran zu erinnern, daß ein geschlossenes deutsches Gebiet von insgesamt über 55.000 qkm, nämlich das ganze deutsche linke Rheinufer und ein Gebietsstreifen von 50 km Breite auf der rechten Seite des Rheins von Basel bis zur holländischen Grenze davon erfaßt war, ein wirtschaftlich hochentwickeltes Gebiet mit großen und wichtigen Städten, wie Karlsruhe, Mannheim, Frankfurt, Köln, Düsseldorf und Essen, vielleicht der reichste Teil Deutschlands. Die Entmilitarisierung bestand nach Art. 42, 43 Vers.Vertr. darin, daß es Deutschland untersagt war, in diesem Gebiet Befestigungen beizubehalten oder zu errichten, daß weder ständig noch zeitweilig deutsche Truppen hier unterhalten oder angesammelt werden durften, daß militärische Übungen jeder Art und schließlich alle „materiellen“ (im englischen Text: „ständigen“) „Vorkehrungen für eine Mobilmachung“ verboten waren. Jede dieser Bestimmungen eröffnete Möglichkeiten ausdehnender Auslegung, die bei einer politischen Zweckinterpretation unabsehbar ist. Insbesondere legte ein Begriff wie „Vorkehrungen für eine Mobilmachung“ grenzenlose Interpretationen nahe, nach welchen schließlich jeder Straßenbau, jeder Bahnhof, jeder Turnverein, jeder Schutz der Bevölkerung durch Gasmasken, als „Vorkehrung für eine Mobilmachung“ hingestellt werden konnte. Diese Entmilitarisierung bedeutete nach ihrem Inhalt, nach ihrem territorialen Umfang, nach ihrer Dauer und vor allem auch wegen der *Einseitigkeit,* mit der sie nur dem Deutschen Reich auferlegt war, etwas völlig anderes als die bisherigen, in der Geschichte bekannten, älteren oder neueren Fälle von Entmilitarisierung. Es handelte sich nicht etwa um eine Neutralisierung des Gebietes, die zur Folge hätte, daß das Gebiet nicht Kriegsschauplatz werden dürfte. *Im Gegenteil, diese Art der Regelung hatte den Sinn, alle Möglichkeiten der Verteidigung zu beseitigen und dadurch ein*

[1] Die Entmilitarisierung der Rheinlande und der Vertrag von Locarno. Eine völkerrechtliche Untersuchung. Rheinische Schicksalsfragen. Schrift 18/20, Berlin 1927.

prädestiniertes Kriegsgebiet zu schaffen, das in voller Wehrlosigkeit und Hilflosigkeit dem Einmarsch französischer Truppen und ihren militärischen Aktionen für alle Zeiten offen liegt, eine Art Glacis zwischen Frankreich und Deutschland, ausschließlich auf Kosten Deutschlands eingerichtet und dazu bestimmt, *14 Millionen Deutsche zu Opfern etwaiger Kriegsmaßnahmen und einer ungeheuerlichen Art von Geiseln zu machen.*

Dieser weitgehende Zustand der Entmilitarisierung war zunächst nur dadurch garantiert, daß jeder Verstoß Deutschlands gegen diese dehnbaren Bestimmungen als „eine Störung des Weltfriedens und eine feindselige Handlung gegen jede Signatarmacht des Versailler Vertrages gilt" (Art. 44 VV). Der politische Sinn dieser Worte lag darin, daß Deutschland wegen irgendeiner Bagatelle als Angreifer fingiert werden konnte und nun das System der völkerrechtlichen Scheinjurisprudenz, das echte und falsche Kriegsverhütungs- und Kriegsächtungsrecht mit voller Wucht zuungunsten Deutschlands einsetzen sollte. *Der Entmilitarisierte wird eo ipso als Angreifer fingiert, und Deutschland erschien gerade wegen seiner Wehrlosigkeit und Entmilitarisierung automatisch als Störer des Weltfriedens* – eine wunderbare Illustration zu der berühmten Fabel von dem Wolf und dem Lamm oder zu der Geschichte von dem Kaninchen, dessen hilfloses Mummeln der Wolf, unter dem Beifall seiner Freunde, als freche Herausforderung und Angriff bezeichnet und ahndet.

II.

Der Rheinpakt von Locarno vom 16. Oktober 1925 hat diesen Zustand einerseits bestätigt, gleichzeitig aber auch gemildert, indem Deutschland und Frankreich, ebenso Deutschland und Belgien, sich gegenseitig verpflichteten, in keinem Falle zu einem Angriff oder zu einem Einfall (Invasion) oder zu einem Krieg gegeneinander zu schreiten, und die beiden anderen europäischen Großmächte, England und Italien, als Garanten diesem Nichtangriffspakt beitraten. Der besondere Wert des Locarno-Vertrages lag darin, daß bei gutem Willen und gegenseitigem Vertrauen hier der Anfang einer innereuropäischen Gemeinschaft erblickt werden konnte. Für Deutschland blieb allerdings der abnorme und ungerechte Zustand bestehen, daß ein großer Teil seines Gebietes einen anderen Status hatte als das übrige Deutschland und die Rheinlande ein *völkerrechtliches* Problem darstellten. Die Abnormität und damit auch das Unrecht dieses Zustandes war ungeheuerlich. Normalerweise haben nur Staaten oder staatenähnliche Gebilde geschlossen als solche eine völkerrechtliche Stellung, während Gebietsteile unabhängiger Staaten kein völkerrechtliches Problem darstellen können. Niemand würde es wagen, von einem völkerrechtlichen Problem des Elsasses oder Irlands zu sprechen. Selbst das völkerrechtliche Problem Ägypten würde als solches von der englischen Regierung sicher verneint und energisch zurückgewiesen werden.

III.

Durch den Vertrag Frankreichs mit der Sowjet-Union wird unter dem Widerspruch eines Hauptbeteiligten, nämlich des einseitig entmilitarisierten Deutschlands, ein neuer, außereuropäischer Partner in die durch den Locarno-Vertrag begründete Gemeinschaft europäischer Völker eingeführt. Der Führer hat in seiner Reichstagsrede den Widerspruch eingehend begründet. Die rechtliche Kernfrage dieses Vorganges betrifft den Anfang und Ansatz einer innereuropäischen Ordnung, der im Locarno-Vertrag enthalten war. Wird in diese Gemeinschaft europäischer Staaten eine die Weltrevolution betreibende Macht eingeführt, so bedeutet das eine wesentliche Veränderung der Gemeinschaft des Locarno-Vertrages. Kein noch so harmloser Verein oder Klub könnte mit derartigen Methoden der Einführung eines heterogenen Dritten bestehen. Durch die Einführung eines solchen neuen Partners wird eine konkrete Gemeinschaft und damit der sie begründende Vertrag zu einem juristischen aliud. Jeder Jurist sieht, daß eine auf geographischer Nachbarschaft aufgebaute engere Gemeinschaft von fünf Mitgliedern nicht mehr dieselbe ist, wenn unter dem Widerspruch eines Mitgliedes ein einflußreiches sechstes Mitglied sich einschalten und neue politische Gruppierungen herbeiführen kann. Außerdem wird die Abnormität des Zustandes einer einseitigen Entmilitarisierung und die ehrenkränkende Ungleichheit und Diskriminierung, die in einem solchen Unrecht liegt, aufs äußerste gesteigert, weil der ungleich behandelte Partner in diesem Zustand einseitiger Verteidigungslosigkeit gegen seinen Willen in alle Gefahren und Risiken weltpolitischer Auseinandersetzungen hineingezogen wird.

Der französische Versuch hat wenigstens das Gute gehabt, daß diese Seite des Problems einer europäischen Gemeinschaft offensichtlich wurde. Sollte sich irgendeine Instanz juristisch als Richter oder Vermittler oder Gutachter mit dieser Frage zu befassen haben, so ist von Anfang an darauf zu achten, daß die Frage juristisch richtig gestellt wird. Niemals ist die Tragweite einer richtigen juristischen Fragestellung so zutage getreten wie in dieser Frage der Vereinbarkeit des französisch-sowjetischen Paktes mit dem Locarno-Pakt. Wird diese Frage unter dem Gesichtspunkt einer europäischen *Gemeinschaft und einer konkreten Ordnung* und Befriedung der Völker gestellt, so ist eine gerechte Antwort möglich. Wird sie auf die Bahn formalistischer Textstreitigkeiten und isolierter Auslegung vertraglicher Einzelnormierungen gebracht, so wird sich das wiederholen, was wir in den letzten 15 Jahren vor jedem wichtigen politischen Problem erfahren haben: leere Wortjurisprudenz statt einer sachgerechten Überwindung der Schwierigkeiten; ein pazifistisches Vokabularium statt eines wirklichen Friedens.

IV.

Die Entwicklung drängt zu einer Verbindung und Gemeinschaftsordnung der europäischen Völker. Wer diese Verbindung durch Einschaltung fremder Mächte stört, ist das eigentliche Hindernis einer Ordnung und Befriedung Europas. Alle Völker der Erde fühlen heute, daß wir in eine Epoche fundamentaler politischer Umgruppierungen eingetreten sind. Es drängt sich jedem auf, wie sehr die Entwicklung der modernen Technik manche politischen Gruppierungen und Grenzen der früheren Zeit illusorisch macht und den überlieferten Status quo beseitigt, wie sehr „die Erde kleiner" wird und infolgedessen die Staaten und Staatensysteme größer werden müssen. In diesem gewaltigen Umwandlungsprozeß gehen schwache Staaten unter. Manche kleineren Gebilde werden sich im Schatten eines wohlwollenden Riesen in Sicherheit bringen. Es gab Deutsche, die glaubten, das letzte sei auch für Deutschland die richtige Methode, um der politischen Entscheidung zu entwischen und sich in ein problemloses, wehrloses, geschichtsloses Glück hineinzulavieren, etwa mit Hilfe der „Politik des toten Käfers", dessen Schutz in seiner Wehrlosigkeit liegt. Das schien eine bequeme und gemütvolle Lösung zu sein und uns alles weiteren politischen Nachdenkens und jedes Risikos zu entheben. In Wirklichkeit wäre der sich totstellende Käfer einfach zertreten worden. Das Deutsche Reich mit seinem verhältnismäßig kleinen, in der Mitte Europas liegenden Territorium und seinen über 66 Millionen Menschen ist nicht groß genug, um durch das Schwergewicht seiner quantitativen Größe eine der überlebenden Mächte zu sein, andererseits aber nicht geringfügig und vor allem auch nicht peripher genug, um wie ein kleines Volk in dem politischen System eines andern unterzukommen oder sich einfach aus der Weltgeschichte zu verdrücken. Seine Dimensionen sind zu klein, als daß es durch seine Masse geschützt wäre, wie das bei Rußland der Fall ist; und sein Gewicht ist doch wieder zu groß, als daß es in einer schnellen und beweglichen Politik wechselnder Bündnisse einen labilen Bestand wahren könnte. In dieser Zwischenstellung hing alles am politischen Bewußtsein, an der Selbstbeherrschung und der Entschlossenheit der deutschen Politik und kam es darauf an, ob das deutsche Volk seinen Willen zur gleichberechtigten politischen Existenz bewahrte oder ob es sich diskriminieren und moralisch zermürben ließ.

Ein einseitig entmilitarisiertes Deutschland in der Mitte Europas wäre nicht nur ein fortwährender Anreiz zu einseitigen Aktionen, es wäre in der Abnormität eines solchen Zustandes auch ein Hindernis jeder Normalisierung des europäischen Gesamtzustandes. *Auf dem Unrecht einseitiger Entmilitarisierungen läßt sich überhaupt keine Ordnung Europas aufbauen.* Das gilt für jedes Mitglied der europäischen Völkergemeinschaft, für große und kleine Staaten. Durch die Tat des Führers ist Deutschland wieder in den Zustand

einer gleichberechtigten europäischen Macht versetzt worden. Damit ist auch die erste Voraussetzung einer Friedensgemeinschaft gleichberechtigter europäischer Völker geschaffen.

46. Die Ära der integralen Politik*

Lo Stato, Roma, 7. Jg., Nr. 4, April 1936, S. 191–196

Das Charakteristische an der gegenwärtigen wissenschaftlichen Ausrichtung des Rechts, der Staatslehre und der Politik in Deutschland ist der Kampf gegen die Allgemeinbegriffe.

Ein liberales Jahrhundert hatte für die gesamte moralische Welt ein vollständiges System von „Allgemeinbegriffen" ausgearbeitet und damit jede soziale und geistige Wirklichkeit entstellt. Die philosophische und abstrakte Tendenz jenes Jahrhunderts hatte die Entwicklung der „allgemeinen Teile" in der Rechtswissenschaft gefördert. Auf diese Weise entstanden der „allgemeine Teil" des Zivilrechts, des Strafrechts, des Verwaltungsrechts, usw. Und vor allem entstand die „Allgemeine Staatslehre". Die kritischen und polemischen politischen Begriffe des Individualismus erhielten so, mittels der Methode der Generalisierung, eine ihnen eigene, von der Zeit unabhängige Gültigkeit und eine wissenschaftliche Form, die scheinbar apolitisch und agnostisch war.

Heute sind wir imstande, die wirkliche Bedeutung dieser begrifflichen Deformation zu durchschauen, und wir erkennen, daß es – auch wenn es für die politische Situation des 19. Jahrhunderts gültig war – heute absurd und gefährlich wäre, maßte man sich an, die Generalisierungen der Vergangenheit zu benutzen, um ihnen die Ordnungen und Begriffe eines neuen Typus Staat zu subsumieren, der aus den im Gange befindlichen, nationalen Revolutionen hervorbricht.

Der Aufgang einer auf integrale Weise politischen Ära der Zivilisation wie jener, in der wir leben, zeigt sich gerade an der Tatsache, daß die falschen Abstraktionen der moralischen Wissenschaften, treten sie wieder in den Umkreis des Rechts, der Moral und der Ökonomie, der Prüfung durch ein politisches Kriterium unterworfen werden. Die Logik dieser rekonstruktiven Wissenschaft liegt darin, daß jede wissenschaftliche Definition in sich selbst einen konkreten politischen Standpunkt enthält. Auch der Beschluß darüber, was politisch und was nicht politisch ist, hat einen politischen Charakter, und die Entscheidung über die „Politizität" einer Frage ist stets Politik, auch wenn diese in einem negativen Sinne formuliert wird. Das Sich-zurückziehen

---

* Übersetzung der italienischen Abhandlung „L'era della politica integrale" von Günter Maschke.

in die Apolitizität kann die tückischste und gefährlichste Äußerung einer politischen Tätigkeit der Opposition sein. Gegenüber der *Totalität* einer großen politischen Umwälzung gibt es in der Tat keine Neutralität, die dazu berechtigte, sich der Pflicht zur Mitarbeit zu entziehen.

Der Begriff der Politik von *Aristoteles* war wesentlich vom Blickwinkel der *Innenpolitik* bestimmt. Im 18. Jahrhundert wurde die Politik hauptsächlich als *Außenpolitik* aufgefaßt, während für die Innenpolitik, aus derselben griechischen Etymologie von „politeia", der Ausdruck *Polizei* entstand. Der liberal-demokratische Staat des 19. Jahrhunderts konzipierte die Politik auf besondere Weise als *Innenpolitik,* nämlich als *Politik der Parteien.* Mit dem Ende des liberalen Zyklus und dem Beginn der neuen Ära einer integralen Politik erweisen sich die theoretischen Vorstellungen, die bisher die Struktur der Politik fast beherrschten, als unzureichend; es erhebt sich die Notwendigkeit, neue Begriffe zu finden. Tatsächlich ist nicht anzunehmen, daß man, gleichsam durch eine ewige Pendelbewegung, zur Außenpolitik im Stile des 18. Jahrhunderts zurückkehren kann; auch der Begriff der Außenpolitik erhält in der Epoche der integralen Politik eine neue Tiefe und eine totale Bedeutung. Heute gibt es, wir wiederholen es, kein einziges Problem, welcher Art auch immer, das nicht potentiell politisch wäre.

Es ist bekannt, daß *Bismarck* die Politik *die Kunst des Möglichen* nannte. In seiner Situation und in seiner Epoche war dies auch völlig zutreffend. Man hat einmal die gegenwärtige *hohe Politik* als *die Kunst, das Unmögliche möglich zu machen*, bezeichnet; diese Definition ist vielleicht allzu dialektisch. Der gegenwärtige Begriff der Politik hat seine charakteristische Totalität durch die Tatsache offenbart, daß der Krieg selbst total geworden ist. Das ist eine gegebene Größe, von der die Analyse der Probleme der inneren wie der äußeren Politik auszugehen hat. Mit dem *totalen Krieg* hat sich in der Tat die essentielle Notwendigkeit der vollständigen, inneren Einheit jeder kriegführenden Macht erwiesen und, dementsprechend nach außen, die Totalität der Feindschaft. Der Staat, der zu solcher inneren Totalität nicht fähig ist, kann heute nicht mehr Protagonist großer politischer Kämpfe sein. Man muß dafürhalten, daß in der gegenwärtigen Epoche, die auf besondere Weise politisch bestimmt ist, das *entscheidende* Kriterium der inneren und der äußeren Politik auf der Unterscheidung von *Freund und Feind* beruht.

Wie schon oft und aus gutem Grund gesagt wurde, sind die europäischen Nationen 1914 „in den Krieg hineingeglitten". Ohne Zweifel geschah solches auch andere Male in der Geschichte, doch bestand die Singularität des Weltkrieges darin, daß die Staaten – gerade durch die Auffassungen des 18. und 19. Jahrhunderts – denen die Idee der politischen Totalität vollständig fremd war – in einen totalen Konflikt hineingerissen wurden, ohne daß eine wirkliche *Feindschaft* existiert hätte, die seiner Heftigkeit adäquat war, d.h. ohne

daß die Bedingungen einer totalen Feindschaft zwischen den europäischen Völkern bestanden hätten.

Die Konsequenz war, daß man durch einen gleichfalls inadäquaten Vertrag und durch die Bildung eines *Völkerbundes,* beruhend auf völlig abstrakten Allgemeinbegriffen, zu keinem wirklichen Frieden gelangte.

Die Versuche, eine *kollektive Sicherheit* auf der *universalen* Ebene des *Bundes* zu organisieren, hatten den Fehler, die einfache und fundamentale politische Frage zu umgehen: *Freund oder Feind?* Vielmehr wird, seitdem das System des *gegenseitigen Beistands* aufgerichtet ist, jeder Staat, der nicht Partei ist, gleichzeitig potentiell als *Angreifer* gedacht, d. h. als Feind, wie als *Angegriffener,* d. h. als Freund. Die geistige Absurdität eines solchen Systems ist offenkundig; sie kann nur überwunden werden, wenn in aller Klarheit die Frage gestellt wird, ob heute eine europäische Nation wirklich *auf totale Weise die Feindin einer anderen sein kann.*

Bis jetzt haben zwei europäische Nationen, Deutschland und Italien, die der heutigen Wirklichkeit adäquaten Formen der politischen Einheit gefunden. Dem komplexen Problem Europas stellen sich deshalb diese beiden Nationen mit größerer Bewußtheit als jene, die, in einer abgeschlossenen, überwundenen Begriffswelt verharrend, sich einbilden, das 19. Jahrhundert müsse ewig dauern. Die politische Klarheit des italienischen Geistes hat sich auch in dieser neuen politischen Situation offenbart.

Im 16. Jahrhundert hat *Machiavelli* mit unfehlbarer Objektivität die entscheidende politische Gestalt seiner Epoche erfaßt, die des *Principe Nuovo.* Die dem Unglück seiner Zeit und seines Vaterlandes sich verdankende Idee des *Stato Moderno,* seinem klaren Bewußtsein entstammend, wurde nicht in Italien verwirklicht, sondern bei anderen Nationen. Heute ist die faschistische Bewegung von dieser Idee durchdrungen und sie ist dabei, mit der gleichen Klarheit, zugleich aber mit einer unvergleichlich größeren politischen Macht, den *Stato Nuovo* zu schaffen. Die deutsche Nation will ihr analoges Problem auf eigene, aber übereinstimmende Weise lösen. Es ist dieselbe Linie, historisch und geistig, die von der Konzeption des *Principe Nuovo* zur Wirklichkeit des *Stato Nuovo* führt. Und schließlich drängen sich Vorzeichen auf, daß sich diese große Linie, durch die Zusammenarbeit der italienischen und der deutschen Nation, auf ein *Europa Nuova* erstrecken kann.

47. Faschistische und nationalsozialistische Rechtswissenschaft

Deutsche Juristen-Zeitung, 41. Jg., H. 10, 15. Mai 1936, Sp. 619–620

Die zahlreichen Parallelerscheinungen der politischen und geistigen Geschichte Deutschlands und Italiens sind oft festgestellt und ausgeführt worden. Noch jüngst hat der Deutsche Botschafter in Rom, Herr *von Hassell*, einen vielbeachteten Vortrag über Bismarck und Cavour gehalten. Für die deutsche Rechtswissenschaft ist es von großer Bedeutung, daß sich auch in der juristischen Fragestellung und Begriffsbildung wichtige, nicht nur äußerliche Ähnlichkeiten zeigen, die unsere ganze Aufmerksamkeit verdienen. Viele Probleme, die bei uns lebhaft erörtert werden – Eigentum, Rechtsstaat, Verfassung, Kodifikation – werden auch von faschistischen Rcchtsgelehrten, oft mit den gleichen Kontroversen und genau parallelen Fronten für und wider, behandelt. Nicht nur im Verfassungs- und im Arbeitsrecht, sondern bis in privatrechtliche Erörterungen hinein, z.B. die Frage der Ersetzung des Begriffs „Mensch" (uomo) durch die Begriffe „Staatsbürger" (cittadino) und „Ausländer" (straniero)[1], wirkt sich die neue Problematik aus. Es ist jedenfalls ein wichtiger Augenblick in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung, daß sich das wissenschaftliche Interesse der italienischen Nation, die sich von jeher durch ihre juristische Intelligenz ausgezeichnet hat, mit aller Aufgeschlossenheit solchen neuen rechtswissenschaftlichen Fragen zuwendet. Im Völkerrecht hat die neue italienische Publizistik einige bedeutende Vorstöße gemacht, um die Genfer Jurisprudenz eines bloßen status quo zu überwinden; sie hat für das Lebensrecht der Völker, das Recht auf Land, das Recht auf Rohstoffe und für den nationalen Anspruch auf die ausgewanderten Volksgenossen völkerrechtlich brauchbare Formulierungen und Argumente gefunden. In der von *Carlo Costamagna* herausgegebenen Zeitschrift „Lo Stato" (Rivista di scienze politiche, giuridiche ed economiche, Roma, Via Dandolo No. 77) findet man besonders zahlreiche, für die neue deutsche Rechtswissenschaft anregende Aufsätze. In Gesprächen mit juristischen Kollegen der verschiedensten, oft entgegengesetzten Richtungen (*Ranelletti, Costamagna, Ugo Spirito, Volpicelli* und vielen anderen) fand ich diese Gemeinsamkeit des rechtswissenschafllichen Interesses immer von neuem bestätigt.

---

[1] Siehe DJZ 1936, 245.

Dabei sind die großen Verschiedenheiten der Weltanschauung selbstverständlich nicht zu übersehen. Das Problem der Rasse wird in Italien ignoriert. In der Theorie des Staats- und Verwaltungsrechts wirkt es sich im traditionalistischen Sinne aus, daß der Primat des Staates vor der Partei für den Faschismus außer Zweifel steht. Hier liegt auch rechtswissenschaftlich die tiefste Verschiedenheit. Der Kampf um *Hegel*, die Frage, ob er noch lebt oder ob er gestorben ist, ob der lebendige Hegel heute in Rom, in Berlin oder gar in Moskau residiert, sind für das faschistische Italien zugunsten Roms entschieden. Aber auch die klare Herausarbeitung der Verschiedenheiten dient der wissenschaftlichen Erkenntnis. Sie ist für uns gegenüber der faschistischen Wissenschaft nicht, wie gegenüber den abgelebten Problemen des westlichen Parlamentarismus und Liberalismus, beziehungslos und unfruchtbar. Trotz der großen Verschiedenheiten macht sich für zahlreiche wichtige Fragen die gemeinsame Frontstellung gegen Bolschewismus und Kapitalismus in entscheidender Weise geltend. Das Problem einer geordneten Wirtschaft beherrscht in vielen unmittelbaren und mittelbaren Einwirkungen alle Fragen des Wirtschaftsrechts. Der Schritt von der Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsordnung ist vollzogen. Hier steht das faschistische Italien, ebenso wie das nationalsozialistische Deutschland, in der Mitte Europas, zwischen dem Liberalismus des alten Westens und dem Kollektivismus eines weltrevolutionären Ostens.

Auf dieser Grundlage ist eine gemeinsame wissenschaftliche Arbeit möglich und notwendig. Sie könnte für beide Teile sowohl hinsichtlich der Übereinstimmungen wie der Verschiedenheiten überaus wertvoll sein und an die Stelle des bisherigen Leerlaufs einer künstlichen „cooperation intellectuelle“ die fruchtbare Zusammenarbeit zweier europäischer Völker setzen, die sich im Laufe der Geistesgeschichte schon oft in hervorragender Weise gegenseitig ergänzt und gefördert haben. Die letzte Italienreise des Reichsjuristenführers, Reichsministers Dr. *Frank* hat hier einen bedeutenden Anfang geschaffen[2]; die Organisationen des deutschen Rechtsstandes und die deutsche Rechtswissenschaft werden sich nach besten Kräften bemühen, in dieser Richtung weiterzuarbeiten.

---

[2] Vgl. DJZ 1936, 500.

48. Die Grundzüge des nationalsozialistischen Staates*

Oreste Ranelletti (Hg.), Gli Stati europei a partito politico unico.
Milano 1936, S. 37–52

Einleitung

1. Erlauben Sie mir bitte eine Vorbemerkung über die gegenwärtigen *wissenschaftlichen Richtungen*, die in der „Theorie des öffentlichen Rechts“ heute in Deutschland bemerkbar sind. Besonders charakteristisch scheint mir zu sein, daß ein Streit über die Allgemeinbegriffe entstanden ist. Man kämpft lebhaft gegen die „allgemeine Staatslehre“, gegen das „allgemeine Verwaltungsrecht“, gegen den „allgemeinen Teil des Strafrechts, des Zivilrechts, des Prozessrechts“. In der jüngsten Generation der Rechtswissenschaft ist oft eine radikale Verneinung aller allgemeinen Begriffe zu spüren. Ich halte das für übertrieben, denn es gibt keine Wissenschaft ohne Allgemeinbegriffe. Dennoch scheint mir eine wissenschaftliche Kritik einiger traditioneller Allgemeinbegriffe für das Problem des öffentlichen Rechts nötig und fruchtbar zu sein.

Ein amerikanischer Kollege, ein Meister des Rechts, sagte mir aus den Erfahrungen seines vorgerückten Alters 1931 in einem Gespräch: „Wir erleben heute in Europa und Amerika den Bankrott der allgemeinen Ideen“. Denn was in mehreren Handbüchern als Allgemeinbegriff dargestellt wird, ist zum großen Teil nichts anderes als eine Abstraktion des politischen und sozialen Zustandes des letzten Jahrhunderts.

Insbesondere die bisherige „allgemeine Staatslehre“ mit ihren abstrakten Begriffen von Staat, Staatsoberhaupt, Verfassung, gesetzgebender und exekutiver Gewalt usw. war im Grunde eine Generalisierung dessen, was dem Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts selbstverständlich war. Mit Hilfe solcher Generalisierungen schufen sich die an eine bestimmte Epoche oder politische Lage gebundenen Begriffe eine von jeder Zeit und jedem Volk unabhängige Gültigkeit. Sie scheinen in ihrer Anmutung ewige oder, wenn ich so sagen darf, relativ ewige Begriffe zu sein. Sie führen deshalb zu schweren wissenschaftlichen Irrtümern, sobald die politische und soziale

---

* Übersetzung der italienischen Abhandlung „I caratteri dello stato nazionalsocialista“ von *Giuseppe Perconte Licatese* und *Wolfgang H. Spindler*. Im italienischen Text verwendete deutsche Begriffe werden in KAPITÄLCHEN gedruckt.

Lage zu Ende geht, von der sie ausgegangen sind. Solche Allgemeinbegriffe und die auf ihnen beruhenden allgemeinen Lehren und Systeme sind ein klares Beispiel dafür, was Vilfredo Pareto „Residuen" nennt. Die allgemeine Staats- und Verfassungslehre der letzten 50 Jahre ist ein unerschöpfliches Reservoir solcher Residuen. Kein Wunder also, daß sich die jüngere, der Einzigartigkeit ihrer Lage bewusste Generation in ihrer wissenschaftlichen Ausbildung gegen diese Unterwerfung des Heute unter das Gestrige wehrt. Die sachliche Erfassung der neuen wachsenden Ordnungen wird durch inadäquate, aus den vorigen Ordnungen abgeleitete Begriffe eher verhindert als gefördert. Unsere wissenschaftliche Aufgabe liegt vor allem darin, der heutigen Wirklichkeit gerecht zu werden.

2. Diese knappen Vorbemerkungen zu dem Problem der „Allgemeinbegriffe", vor allem einer „allgemeinen Staatslehre", scheinen mir nützlich zu sein, da sich die wissenschaftliche Tendenz fortsetzt, die neuen modernen politischen Kräfte und Formen – insbesondere Faschismus, Nationalsozialismus und kommunistischer Sowjetstaat – auf die Gleise der Allgemeinbegriffe des 19. Jahrhunderts zurückzuführen. Dadurch bekäme die Betrachtung eine vorbestimmte Richtung, die von der Wirklichkeit der Dinge entfernt. Von dem Gesichtspunkt des überlieferten Konstitutionalismus und Parlamentarismus aus betrachtet, sind z.B. die drei unter sich so verschiedenen politischen GRÖSSEN Faschismus, Nationalsozialismus und Kommunismus unterschiedslos „Diktaturen". Diese Bezeichnung ergibt aber keine wissenschaftliche Definition, sondern nur die ziemlich banale Feststellung, daß alle diese drei Größen nicht durch die von Konstitutionalismus und Parlamentarismus zu deren Zwecken erzeugten Begriffe erfasst werden dürften. Die Bezeichnung „Diktatur" ordnet den Faschismus und den Nationalsozialismus sowie den Bolschewismus unter eine und dieselbe Kategorie ein, und eine solche Gemeinsamkeit beruht auf keinem anderen Grund als auf dem, daß sich jede dieser drei politischen Größen von den verfassungsrechtlichen Idealen des 19. Jahrhunderts unterscheidet. Man hat es also hier mit einer bloßen Übereinkunft bezüglich einer Negation zu tun, und jeder Logiker weiß, daß eine solche Übereinkunft nichts beweist.

Vom Gesichtspunkt der Gewaltenteilungslehre aus betrachtet, darf jede der drei politischen Größen dadurch definiert werden, daß bei ihnen die exekutive Gewalt ein Übergewicht gegenüber der gesetzgebenden Gewalt hat. Auch diese Charakterisierung bleibt jedoch im Rahmen der vorherigen Verfassung mit ihrem Gewaltenteilungsprinzip und mit ihren Allgemeinbegriffen.

Vom Gesichtspunkt des klassischen Zweiparteiensystems oder dem des in den Ländern des europäischen Kontinents überwiegenden Mehrparteiensystems werden die drei neuen Formen üblicherweise als „Einparteienstaaten" bezeichnet. Das ist gewiss eine bessere Bezeichnung als die bereits erwähnte

„Diktatur" oder „die durch Charakterisierung des Vorrangs der exekutiven über der gesetzgebenden Gewalt". Doch wir kommen bei dem Begriff „Einparteienstaat" nicht umhin, die großen Unterschiede zwischen den drei Parteiorganisationen und den drei Staatsformen sowie den entsprechenden Verhältnissen der Partei zum Staat zu untersuchen. Diese Unterschiede sind wichtiger als die Gleichförmigkeit, welche die gemeinsame Bezeichnung „Einparteienstaat" zum Ausdruck bringt. Ich möchte hier die Gefahr einer Schematisierung vermeiden. In Gesprächen mit Kollegen aus vielen Nationen habe ich den Eindruck gewonnen, daß sich der Begriff „Einparteienstaat" schon durchgesetzt hat, unter dem die drei Staaten Italien, Deutschland und Russland zusammengefasst und folgendermaßen eingeteilt werden: der faschistische Staat sei ein Einparteienstaat mit dem Primat des Staates gegenüber der Partei und völliger Unterordnung der Partei unter den Staat; der kommunistische Sowjetstaat sei umgekehrt ein Einparteienstaat mit dem Primat der Partei gegenüber dem Staat und völliger Beherrschung des Staates durch die Partei; und der deutsche nationalsozialistische Staat befinde sich in der Mitte. Durch solche Vereinfachungen und Schematisierungen kann man irregeführt werden. Freilich ist das Bedürfnis nach einer prompten und geeigneten Einordnung groß und auch berechtigt. Doch wird jede rasche Klassifizierung zum Hindernis für eine wissenschaftliche Erfassung der konkreten Wirklichkeit.

3. Ich folge hier dem Vorbild, das der berühmte Meister meiner Wissenschaft und Vorsitzender des *Circolo giuridico*, der Mailänder Juristischen Gesellschaft, in der ich die Ehre zu sprechen habe, mein verehrter Kollege Oreste Ranelletti mit seiner exemplarischen Schrift „Il Partito nazionale fascista nello Stato italiano" gegeben hat. Er hat neben der faschistischen Partei die nationalsozialistische Partei in Deutschland und die kommunistische Partei im Sowjetstaat zum Vergleich herangezogen, nicht um die drei Parteien generalisierend und schematisierend zu betrachten, sondern um die konkreten Kennzeichen der nationalen faschistischen Partei und ihr Verhältnis zum Staat umso deutlicher hervorzuheben. Auf ähnliche Weise kann ich hier versuchen, einen Begriff des deutschen nationalsozialistischen Staates zu bilden, der von der nationalsozialistischen Partei wesentlich bestimmt wird. Ein anderer Begriff ist heute nicht möglich. Das Wesen des deutschen nationalsozialistischen Staates ist also die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP).

I

1. Die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei entstand 1919 und ist durch ihren Führer Adolf Hitler zum Faktor der deutschen Wiedergeburt geworden. Sie ist die einzige Organisationsform der nationalsozialistischen

Bewegung. Ihr Programm formuliert in 25 Punkten die Grundansprüche des Nationalsozialismus und enthält präzise Linien der gesamten Aktivitäten des heutigen nationalsozialistischen Staates in Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung, Kultur und Erziehung des deutschen Volkes. Dieses Programm trägt das Datum vom 24. Februar 1920.

Die Bewegung war ihrem Zweck nach revolutionär. Dank der normalen „Neutralität" des Weimarer Verfassungsstaates gelang es ihr, auf dem durch den von der Weimarer Verfassung zugelassenen legalen Wege ihr Ziel zu erreichen. Sobald Adolf Hitler, der Führer der Partei, am 30. Januar 1933 in vollkommen verfassungsmäßigen Formen vom Reichspräsidenten zum Reichskanzler ernannt war, war der erste Schritt auf dem Weg der legalen Machtergreifung gemacht. Der zweite Schritt war das sogenannte „Ermächtigungsgesetz" vom 24. März 1933. In der Form eines verfassungsändernden Gesetzes bekam die Regierung Adolf Hitlers vom damaligen Parlament nicht nur die Vollmacht zum Erlass von Verordnungen, sondern im formalen Sinn auch von verfassungsändernden Gesetzen. Damit hatte sich die Weimarer Verfassung in verfassungsmäßiger Form für ihr eigenes Ende entschieden. „Ermächtigungsgesetz" ist eine sehr ungenaue Bezeichnung. Es ist eine Ermächtigung nur vom Standpunkt der Vergangenheit, d. h. der Weimarer Verfassung gewesen; es ist wesentlich die legale Brücke, die von der bisher geltenden Verfassung zu ganz neuen verfassungsrechtlichen Grundlagen führt. Dieses Gesetz war eine vorläufige Verfassung des nationalsozialistischen Staates.

In dieser legalen Machtergreifung im Staat durch die nationalsozialistische Revolution sind einige Parallelen zur Entwicklung der faschistischen Revolution zu erkennen: sie betreffen die Verfahrensweise des Staatsoberhauptes bzw. des Königs von Italien und des Reichspräsidenten sowie die Verfahrensweisen der jeweiligen Parlamente und ihrer Parteien.

2. Auf dieser verfassungsgemäßen Grundlage hat die nationalsozialistische Regierung zuerst die politische Einheit des deutschen Volkes wiederhergestellt. Seit Jahrhunderten war das deutsche Volk in mehrere Teilstaaten zerrissen. Weder die nationale Einheit der monarchischen Bundesverfassung Bismarcks von 1871 noch der Zusammenbruch der Monarchie von 1918 noch die Weimarer Verfassung von 1919 hatten die Kraft, die Einheit des Staates zu verwirklichen und im Zeitraum 1919 bis 1932 die Staatlichkeit der Länder aufzuheben. Je stärker sich die Krise vertiefte, umso deutlicher offenbarte sich die föderale Struktur des deutschen *Reiches*. In den verschiedenen Streitfällen der Jahre 1922–1923 konnte insbesondere der bayerische Staat der politischen LEITUNG des *Reiches* offen widerstehen. Im Jahr 1932, bei dem Konflikt zwischen dem *Reich* und dem Land Preußen und dem dazugehörenden großen Prozess Preußen contra *Reich* vor dem Leipziger Staatsgerichts-

hof von Juli bis Oktober, ergriff Bayern für Preußen und gegen das Reich Partei und beanspruchte gegenüber dem *Reich* in aller Form für sich ein „subjektives Recht auf eine eigene Politik". Durch das nationalsozialistische Gesetz vom 7. April 1933 (das „Reichsstatthaltergesetz") und das Gesetz über den Neuaufbau des Reichs vom 30. Januar 1934 wurde den Ländern jegliche staatliche Befehlsgewalt genommen. Die Länder bestehen zwar noch und haben einen Reichsstatthalter; sie sind jedoch der Reichsgewalt gänzlich unterworfen. Auch wenn sie staatliche Befugnisse haben, so üben sie sie nur im Namen des Reiches und bis auf Widerruf aus. Sie sind Verwaltungsbezirke des *Reiches* mit eigenem Vermögen, eigenem Haushalt und Fiskus sowie einem aus Landesmitteln besoldeten Beamtentum. Die vorherige föderalistische Struktur des *Reiches* ist völlig abgeschafft. Zum ersten Mal seit einem halben Jahrtausend hat der Nationalsozialismus die politische Einheit des deutschen Reiches wiederhergestellt.

3. Mit der Aufteilung in Staaten im Föderalismus der Weimarer Verfassung war das deutsche Volk außerdem wegen einer Unzahl stark organisierter politischer Parteien in sich tief zerrissen. Das Deutsche *Reich* der Weimarer Verfassung war nicht nur ein Bundesstaat, sondern vor allem ein Parteienbundesstaat. Die politische Geschichte hat selten ein derartiges Beispiel eines pluralistischen Parteiensystems erlebt wie im Deutschland der Weimarer Verfassung. Eine Vielzahl von Parteien, die einander völlig heterogen gegenüberstanden und von denen jede in sich totalitär war, hatte die politische Macht unter sich aufgeteilt und machte Gesetzgebung, Landes- und Gemeindeverwaltung, Schule und Erziehung des deutschen Volkes zum Objekt ihrer Koalitionen und Kompromisse. Alle diese Parteien lösten sich nach dem Triumph des Nationalsozialismus auf. Durch das Gesetz vom 14. Juli 1933 wurde die NSDAP ausdrücklich als die einzige politische Partei Deutschlands anerkannt und die Erhaltung oder Gründung einer anderen Partei zur strafbaren Handlung erklärt. Damit wurde jeder Rest des Mehrparteienstaates beseitigt. Das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933 festigte diese Monopolstellung der NSDAP. Zugleich wurde die Partei, die bis dahin die Rechtsfigur eines privatrechtlichen Vereins gehabt hatte, zur „Körperschaft des öffentlichen Rechts" mit eigener Rechtspersönlichkeit erklärt.

4. Durch das am 1. August 1934 beschlossene, nach dem Tod des Reichspräsidenten Hindenburg (2. August 1934) in Kraft getretene Gesetz wurde das Amt des Reichspräsidenten (d. h. des Staatsoberhauptes) mit dem des Reichskanzlers (d. h. des Regierungschefs) vereint. Zugleich wurde Adolf Hitler, Oberhaupt des Staates und der Regierung, als „*Führer* und Reichskanzler" bestimmt. Eine Volksabstimmung vom 19. August 1934 hat diese Verfassungsänderung bestätigt. Mit dem Amt des Reichspräsidenten wurde dem *Führer* und Reichskanzler auch der OBERBEFEHL über die *Reichswehr*,

d. h. über die damals vom Versailler Vertrag erlaubten Streitkräfte, übertragen. Mit der darauffolgenden Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht und mit der Einrichtung einer neuen Wehrmacht im Jahr 1935 wurde der *Führer* und Reichskanzler Oberbefehlshaber aller Streitkräfte (Heer, Marine, Luftwaffe). Unter ihm übt der Reichskriegsminister als Oberbefehlshaber die Befehlsgewalt über die Streitkräfte aus (Gesetz vom 31. [recte: 21.] Mai 1935). Jeder Beamte, jeder Soldat und jeder politische Amtsträger der Partei schwört dem *Führer* und Reichskanzler Adolf Hitler einen persönlichen Treueid.

5. Mit diesen wichtigen Schritten der verfassungsgemäßen Entwicklung lässt sich aber das einheitliche Bild, d. h. der Begriff des heutigen nationalsozialistischen Staates, noch nicht vollständig wiedergeben. Schon seit 1933 konstituierten sich mächtige Berufs- und Sozialorganisationen verschiedener Art; so etwa zwei organisch konstituierte STÄNDE öffentlich-rechtlicher Natur, und zwar der REICHSNÄHRSTAND, der nicht nur alle deutsche Bauern erfasst, sondern die gesamte landwirtschaftliche Produktion und die Produktionsverfahren bis hin zur Marktordnung regelt, und der REICHSKULTURSTAND, mit einer Kulturkammer und sieben Einzelkammern, und zwar einer Kammer für das Schrifttum, einer für den Rundfunk, einer für die Musik, einer für die bildende Künste und einer für den FILM, die alle diejenigen umfassen, welche die jeweiligen Berufe und Künste ausüben. Außerdem bestehen weitere, beruflich weniger geschlossene Organisationen, die mehrere Berufe umfassen und derzeit noch juristische Personen des Privatrechts sind, wie die Deutsche Arbeitsfront, der Juristen-, Ärzte- und Lehrerbund usw. Vor allem aber steht dem Staat und allen diesen Organisationen die Partei als TRAGENDE MITTE des ganzen deutschen öffentlichen Lebens gegenüber.

II

Um einen vollständigen Begriff des nationalsozialistischen deutschen Reiches zu bekommen, muss man sich drei Ordnungs- und Organisationsreihen vor Augen halten, und zwar erstens den Staat im engeren Sinn des Wortes, d. h. Verwaltung und Militär, zweitens die Partei als organisierte politische BEWEGUNG mit den von ihr abhängigen Vereinigungen und drittens eine Reihe von Organisationen, unter denen verschiedene berufsständische, soziale, wirtschaftliche und kommunale autonome Verbände zu finden sind. Diese letzte Reihe von Organisationen habe ich als VOLK bezeichnet, um sie von Staat und politischer Bewegung zu unterscheiden, sodaß sich drei Glieder ergeben: Staat, politische Bewegung, Volk. Diese Dreigliederung ist oft zustimmend, zuweilen aber auch kritisch beurteilt worden. Doch ist die praktische Notwendigkeit, neben Staat und politischer Bewegung diese dritte Ordnungsreihe zu unterscheiden, unwiderlegbar.

In dem einheitlichen dreigliedrigen Bild ist die nationalsozialistische Partei die Mitte, das alles belebende und erfassende Herz. Allerdings gehört zum Staat – abgesehen von der urtümlichen Autonomie der Partei – nach wie vor die oberste Befehls- und Zwangsgewalt. Die Partei aber durchdringt den ganzen Staat so wie das ganze Volk mit Impulsen und Einflüssen, mit Ideen und Anregungen. Sie trägt den Gedanken des deutschen Volkes und der geistigen Atmosphäre, sie ist die wahre Hüterin der ganzen heutigen Ordnung.

Von ihrer zentralen dominierenden Machtstellung leiten sich die Beziehungen zu den „Staats"- wie auch zu den „Volks"-Ordnungen ab, d. h. zu den sozialen und berufsständischen Gruppen und Gemeinschaften. Für eine solche Doppeltheit der Partei ist eine Aussage von entscheidender Bedeutung, die ich wegen ihrer Wichtigkeit für die Struktur der heutigen nationalsozialistischen Gemeinschaft vor allem hervorheben möchte: Staat, politische Bewegung und Volk sind organisch *unterschieden*, aber *ungetrennt*; *geeint*, aber *unvermischt*.

1. Der riesenhafte Organismus der Partei, die aus mehreren Millionen von Mitgliedern besteht, ist als streng hierarchisches System geordnet. Er beruht auf dem Führerprinzip, d. h. auf der obersten Autorität des *Führers*: der *Führer*, sein Stellvertreter, die Parteileitung mit den zugehörigen Ämtern, die Gauleiter, die Kreisleiter und die Ortsgruppenleiter. Der Schatzmeister der Partei, der die finanzielle Leitung der Partei hat, ist unabhängig und unmittelbar dem *Führer*, nicht seinem Stellvertreter unterstellt. Die für die Parteimitglieder zuständigen Parteigerichte, die neben der allgemeinen Gerichtsbarkeit bestehen und in Sachen der Partei entscheiden, genießen richterliche Unabhängigkeit. Außerdem hat die Partei seit 1935 eine Reihe von bisher unabhängigen Vereinen aufgenommen, die Hitler-Jugend, den Bund Deutscher Mädel, den Studentenbund usw. Nur die Partei als Ganze ist selbständiges, vermögensfähiges Rechtssubjekt, nicht ihre einzelnen Glieder.

Mit dem Gesetz vom 1. Dezember 1933* wird die Partei als „Körperschaft des öffentlichen Rechts" bezeichnet. Diese Bezeichnung wurde in der Wissenschaft heftig kritisiert, da mit dem Begriff der juristischen Person und der Körperschaft des öffentlichen Rechts nichts über die spezifische Natur der Partei ausgesagt ist. Tatsächlich ist die Partei etwas ganz anderes als die bisherigen sogenannten öffentlich-rechtlichen Körperschaften und juristischen Personen, z. B. Gemeinden, Kirchen und Vereine unterschiedlichster Art. Die Partei unterliegt keiner Staatskontrolle. Sie ist absolut selbständig und lebt nach eigenem Recht. Ihre autoritativen Befugnisse – Gerichtsbarkeit, Selbstordnungsrecht, Befehlsgewalt über die Parteimitglieder – sind originär und

---

* Ausführungsbestimmung zur Verordnung des *Führers* und Reichskanzler vom 29. März 1935, in der die NSDAP dagegen als „Körperschaft des öffentlichen Rechts" bezeichnet wird, vgl. § 1 und 4.

nicht vom Staat abgeleitet. Es widerspricht auch unseren Begriffen von *Führer* und GEMEINSCHAFT, den *Führer* als „Organ einer juristischen Person“ rechtlich zu begreifen. In den jüngsten Verordnungen (z. B. in der Ausführungsbestimmung des Parteischatzmeisters vom 29. April 1935) wird deswegen der Ausdruck „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ abgeschafft und durch die Bezeichnung GESAMTGEMEINSCHAFT ersetzt. Diese Bezeichnung entspricht der von den jungen nationalsozialistischen Juristen lebhaft vertretenen Ablehnung des Begriffes juristische Person und setzt an die Stelle des individualistischen Begriffes Person die konkrete Ordnung und die konkrete Gemeinschaft. Weitere praktische Wirkungen dieser theoretischen Auseinandersetzung um die juristische Person sind bisher noch nicht zu erkennen.

Es gibt Parteiämter und Träger der Parteiämter. Diese sind anders als die staatlichen Ämter und Beamten. Es gibt kein Parteiamt, das sich als unmittelbare Institution des Staates versteht. Die Amtsträger der Partei sind keine Staatsbeamten. Es hat sich die Frage ergeben, inwieweit sie mittelbar Staatsbeamte sind und inwieweit die für die Staatsbeamten geltenden Normen auf die Träger der Parteiämter analog anzuwenden sind. Diese Frage muss meines Erachtens verneint werden.

2. Die organische Verbindung zwischen Partei und Staat stellt sich auf verschiedene Weise dar. Hier darf man nie außer Acht lassen, daß kein Parteiorgan unmittelbar Staatsorgan und umgekehrt kein Staatsorgan unmittelbar Parteiorgan ist.

a) Die Verbindung zwischen Partei und Staat ist in erster Linie in den obersten Organen und vor allem im *Führer* der Partei verwirklicht. Er ist gleichzeitig:

1a) *Führer* der Partei als einer hierarchisch aufgebauten Organisation (die normalen Geschäfte werden von seinem Stellvertreter und von den obersten Parteiämtern in München erledigt; außerdem hat der *Führer* in Berlin eine Kanzlei, deren Aufgabe es ist, die Partei zu unterstützen, und ein Privatsekretariat);

2a) Staatsoberhaupt im Sinne des bisherigen Reichspräsidenten (die Geschäfte erledigt dessen Kanzlei mit einem Staatssekretär);

3a) Regierungschef (die Geschäfte erledigt die Reichskanzlei mit einem Staatssekretär);

4a) in Preußen mit den Befugnissen des Reichsstatthalters ausgestattet, die er an den Ministerpräsidenten Preußens, Göring, delegiert hat.

Alle höchsten Manifestationen der Staatsgewalt, insbesondere der Oberbefehl über die Wehrmacht, die Ernennung von Offizieren und Angestellten, das Begnadigungsrecht, sind in der Person des *Führers* vereinigt. Als Chef

der Regierung übt er die der Reichsregierung zustehende gesetzgebende Gewalt aus. Die Ämterverbindung und -konzentration im *Führer* ist als Institution und nicht als bloße Personalunion anzusehen.

b) Andere Verbindungen sind durch Gesetze und Verordnungen bestimmt:

1b) Der Stellvertreter des *Führers* in der Partei ist Reichsminister, also Mitglied der Reichsregierung (Gesetz vom 1. Dezember 1933). Er ist Reichsminister ohne eigenen Geschäftsbereich, das bedeutet aber nur, daß er kein eigenes Staatsministerium hat. Zu seiner Kompetenz gehören im Übrigen alle Fragen, die die Partei betreffen und die von ihm aufgeworfen werden. Daher wäre es irreführend, die vom Stellvertreter des *Führers* in der Reichsregierung eingenommene Stellung mit jener eines parlamentarischen Ministers ohne Portefeuille zu vergleichen. Innerhalb der Organisation der Partei hat er umfangreichere Befugnisse als ein Staatsminister mit Portefeuille im Bereich seiner eigenen Verwaltungsbehörde.

2b) Der Stellvertreter des *Führers* in der Partei ist an der Ernennung von staatlichen Beamten beteiligt (Erlass des *Führers* und Reichskanzlers vom 24. September 1935), insbesondere an allen persönlich vom *Führer* und Reichskanzler ernannten Beamten.

3b) Ein vom Gauleiter ernannter Parteibeauftragter, üblicherweise der Kreisleiter, schlägt den Bürgermeister und die anderen Berufsbeamten für die Leitungsämter der Gemeindeverwaltung zur Ernennung vor. Außerdem bestimmt er die Gemeinderatsmitglieder. Dieser Beauftragte der Partei ist jedoch kein Mitglied der Gemeindeverwaltung. Die Zusammenarbeit zwischen Partei und Verwaltung im Kommunalrecht darf typischerweise so charakterisiert werden: Die Partei nimmt Einfluss auf die Auswahl derjenigen, die in der Gemeindeverwaltung angestellt werden; sie gehört aber selbst nicht zur Verwaltung und sie hat kein Recht, in die Ausübung der Verwaltung einzugreifen.

c) Schließlich gibt es Personalunionen, d. h. personale Identität zwischen Parteiamtsträgern und Staatsamtsträgern, aber ohne Identität oder Verschmelzung der Ämter.

1c) Mehrere Reichsminister sind gleichzeitig hohe Parteifunktionäre.

2c) Die Reichsstatthalter bzw. die Regierungschefs der noch als Verwaltungsgliederungen bestehenden Länder und die Präsidenten der preußischen Provinzen sind im allgemeinen gleichzeitig Parteichefs derselben oder entsprechender Bezirke.

3c) Zudem gibt es weitere Ämter der Staatsverwaltung, der Kommunalverwaltung oder der sonstigen öffentlichen Verwaltungen, als deren Amtsinhaber Parteibeamte eingesetzt sind.

Für diese Personalunion ist bisher keine präzise Norm vorhanden. Vor allem ist es noch unentschieden, ob sie grundsätzlich auf die Spitzenämter des Staates und der Partei beschränkt werden soll und ob und inwiefern es dagegen zu empfehlen ist, Unvereinbarkeiten für die mittleren und unteren Beamten im Interesse der Unterscheidung von Staat und Partei einzuführen.

3. Die Verbindung der Partei mit den Berufs- und Sozialorganisationen ist folgendermaßen festgelegt:

a) Durch zahlreiche Personalunionen von höheren Funktionären des Reichstags und der Berufsorganisationen wird die Einheit der Leitung garantiert, sowohl in den Berufsorganisationen des öffentlichen Rechts (für Versorgung und Kultur) als auch in anderen zahlreichen Wirtschafts- und Sozialverbänden.

b) Viele soziale und berufliche Organisationen sind mit der Partei verbunden. Im Unterschied zu den unter a) erwähnten, als Mitglieder in die Partei eingegliederten Organisationen sind die verbundenen Organisationen eigenständige Rechtssubjekte. Sie haben noch heute in den meisten Fällen den Charakter selbständiger Subjekte *des Privatrechts*. In diesen Organisationen ist der größere Teil des deutschen Volkes beruflich und sozial zusammengefasst, wenn es nicht in den Organisationen des öffentlichen Rechts zusammengefasst ist. Zu den mit der Partei verbundenen Organisationen gehören vor allem der [Nationalsozialistische] Deutsche Ärztebund, der Bund [Nationalsozialistischer] Deutscher Juristen, der [Nationalsozialistische] Lehrerbund, der Reichsbund der Deutschen Beamten, der [NS-]Bund Deutscher [seit 1.1.1936 Nationalsozialistischer Bund Deutscher Technik] Techniker, die Deutsche Arbeitsfront usw. Andere der Partei angeschlossene Verbände wie die [Nationalsozialistische] Volkswohlfahrt haben eher sozialen als im engeren Sinn beruflichen Charakter.

Die der Partei angeschlossenen Vereine haben eine selbständige Rechts- und Vermögensfähigkeit; sie stehen aber unter der finanziellen Kontrolle des Schatzmeisters der Partei, dem sie jedes Jahr ihren Haushaltsplan vorlegen müssen und der ihnen gegenüber ein uneingeschränktes Aufsichtsrecht hat. Im Übrigen sind die Verbindung und der Einklang mit der Partei durch die oben erwähnten Personalunionen gesichert, die zum Teil schon einen institutionellen Charakter haben.

Ansonsten sind die Berufs- und Sozialorganisationen der allgemeinen Überwachung durch die zuständigen staatlichen Behörden unterworfen.

4. Bei allen diesen organischen Verbindungen zwischen Partei, Staat und Berufsorganisationen muß man sich immer vor Augen halten, daß weder der Staat Parteiorgan noch die Partei Staatsorgan ist und daß die Befugnisse der Partei originär sind. Der allherrschende Grundsatz jeder nationalsozialistischen Organisation ist das *Führerprinzip*. Das bedeutet, daß alle Entschei-

dungen prinzipiell von einem an der Spitze stehenden Mann getroffen werden, der bedingungslos verantwortlich ist und der sich auf das Vertrauen seiner Gefolgsleute verlassen können muss. Ihm stehen Ratgeber bei, die aber kein mit Stimmenmehrheit beschließendes Gremium bilden. Sie werden oftmals, auch zusammen, aber nicht als Kollegium konsultiert, und die Entscheidung steht allein dem verantwortlichen Oberhaupt, nicht einer durch Stimmabgabe entstandenen Mehrheit zu. Auch in der Staatsverwaltung ist dieses Prinzip weitgehend eingeführt; insbesondere in Preußen schafft man die bisherigen kollegialen Verwaltungsinstanzen ab. Nur im Bereich der Justiz, auch der Verwaltungsjustiz, herrscht noch in den mittleren und höheren Instanzen das Prinzip des kollegialen Mehrheitsbeschlusses. Im Übrigen ist der Nationalsozialismus weit davon entfernt, ein zentralisierendes oder bürokratisches Schema des *Führerprinzips* aufzustellen, um es ohne Rücksicht auf die konkrete Wirklichkeit unterschiedslos auf alle Gebiete anzuwenden. Es wird noch heftig diskutiert, ob und inwiefern dieses Prinzip auf Industrie und Handel, z. B. im Aktienrecht, angewandt werden darf. Nur in Bezug auf die politische Führung steht es außer Zweifel.

Das politische *Führerprinzip* ist auch von Diktatur und bürokratischem Absolutismus deutlich unterschieden. Der *Führer* formt mit seinen Gefolgsleuten eine Gemeinschaft; er muss mit ihnen in ständigem Kontakt stehen und ständig ihr Vertrauen genießen. Die ihm untergeordneten Personen sind keine willenlosen Instrumente, sondern formen seine GEFOLGSCHAFT. Die Begriffe „*Führer* und Gefolgschaft“ sind untrennbar. Sowohl die Gesamtheit des deutschen Volkes als auch die Partei sowie die große Anzahl von kleineren Sondergemeinschaften finden in dem Begriff „*Führer* und Gefolgschaft“ ihre Grundordnung. Die Rechtslehre bemüht sich, an die Stelle von dem bisher existierenden Begriff individueller Beziehungen einen Begriff konkreter Ordnungen und konkreter Gemeinschaften zu setzen. Ein typisches Beispiel dafür ist die neue Arbeitsverhältnistheorie im nationalsozialistischen Arbeitsrecht. Der industrielle Betrieb ist eine „Gemeinschaft“: der Eintritt in diese Gemeinschaft wird von der neuen Theorie nicht mehr als ein zweiseitig verpflichtender, zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeiter abgeschlossener Arbeitsvertrag konstruiert, sondern entsprechend als Eintritt in eine Gemeinschaft konzipiert.

Durch dieses *Führerprinzip* ist es möglich, sowohl die unbedingte Volkseinheit zu sichern als auch die Autonomie und das Eigenleben vieler großer und kleiner Gemeinschaften in der Partei, in den Berufen, in der Kultur, in der Wirtschaft, also in allen Gebieten des Lebens zu bewahren. Dieses Prinzip eröffnet den organisatorischen und methodischen Weg, um sich dem Dilemma zwischen uniformierendem „Zentralismus“ und auflösendem „Pluralismus“ zu entziehen. Das *Führerprinzip* ist der Schlüssel, um die Gesamtorganisation der nationalsozialistischen Gemeinschaft zu begreifen.

III

Welchem Zweck dient überhaupt diese mächtige Zusammenziehung aller Kräfte? Sie dient der Einheit und der Reinheit des deutschen Volkes. Der Einheit, weil die besonders für Deutschland gefährliche Konfessions-, Religions- und Klassengegensätze durch sie überwunden werden. Der Reinheit, weil sie allerlei biologische oder moralische Entartung des deutschen Volkes bekämpft und versucht, die Substanz von „Blut und Boden“ zu bewahren.

1. Es ist nicht einfach, diese Wörter „Blut und Boden“ exakt ins Italienische zu übersetzen. „Blut“ – wörtlich übersetzt *sangue* – kann RASSE, aber auch ABSTAMMUNG, also die von der Geburt bestimmte biologische, psychische und moralische Substanz bedeuten. „Boden“ (*suolo*) meint den Teil der Erdoberfläche, mit dem ein Volk durch seine Arbeit und seine Geschichte verbunden ist. „Boden“ ist nicht bloß der SCHAUPLATZ, auf dem sich der souveräne Staatswille abspielt; er ist auch nicht bloß Quelle des wirtschaftlichen Reichtums; er ist der Ursprung des Lebens und die Heimat [*patria*] eines bestimmten Volkes. So enthält die Wendung „Blut und Boden“ eine Fülle von Bedeutungen. Wirkungen aus den vielen und tiefen Möglichkeiten dieser Wendung sind in der Landesgesetzgebung des nationalsozialistischen Staates zu spüren. Insbesondere ist die Einführung eines ERBHOFRECHTES für das bäuerliche Vermögen nicht als bloße Maßnahme der Agrarpolitik zu verstehen. Sie hat vielmehr den Zweck, dem biologischen Wohl des deutschen Volkes zu dienen. Sie zielt darauf ab, eine Erneuerung der Landbevölkerung zu erreichen und durch eine gesunde Landbevölkerung eine Quelle gesunden Blutes entstehen zu lassen.

Zum biologischen Schutz des deutschen Volkes wurde am 14. Juli 1933 ein Gesetz erlassen, das in extrem schweren Fällen (unheilbaren Geisteskrankheiten, gefährlichen Tendenzen zu Sittlichkeitsverbrechen usw.) die Sterilisation erlaubt. Die Anwendung dieses Gesetzes unterliegt aber einer strengen richterlichen Kontrolle.

Der Blutreinheit dient außerdem eine Anzahl neuer Eheverbote und -hindernisse biologischer und rassischer Natur. Ein Gesetz vom 18. Oktober 1935 verbietet die Eheschließung, wenn einer der Verlobten von einer ansteckenden Krankheit befallen ist, die der Gesundheit des anderen oder der Leibesfrucht schaden könnte. Ausnahmslose Verbote und Hindernisse gelten insbesondere für Eheschließungen zwischen Menschen fremder Rasse mit deutschen Staatsbürgern. Mit Menschen fremder Rasse sind die Völker außereuropäischer Rassen gemeint. Dagegen werden alle Völker, die ihre Heimatländer in Europa haben, für Völker artverwandten Blutes gehalten. Staatsbürger kann nur derjenige sein, der deutschen oder artverwandten Blutes ist. Die in diesem Zusammenhang wichtigsten Gesetze sind die am

15. September 1935 während des letzten Nürnberger Parteitages erlassenen Gesetze mit den zwei Ausführungsverordnungen vom 14. November 1935.

2. Diese rassische, gänzlich von der nationalsozialistischen Partei gesetzte Rechtsordnung ist deutsches Recht und will nichts anderes als *deutsches* Recht sein. Sie hat keine universalistischen Neigungen, sie will nicht eine Weltrevolution herbeiführen, sie ist weder international noch aggressiv. Anders als die bolschewistische Ideologie erhebt sie nicht den Anspruch, die höchste Stufe der gesamten Menschheit darzustellen. Sie maßt sich auch nicht die Bestimmung darüber an, wer Franzose, Italiener, Engländer oder Japaner sei. Sie schützt das deutsche Blut nur insofern, als es in den Adern eines deutschen Staatsbürgers fließt, und verbietet z.B. keinem Juden, ob deutschem, ob fremdem Bürger, eine Nichtjüdin zu heiraten, vorausgesetzt, sie ist nicht deutsche Staatsbürgerin. Aber mit derselben Entschlossenheit, mit der sich das deutsche Recht nicht in die Begriffe einmischt, nach denen die anderen Nationen ihre Staatsbürgerschaft bestimmen, behauptet das deutsche Recht, daß es ausschließlich Sache des deutschen Volkes ist, darüber zu bestimmen, was deutsch ist und was zum Schutz des Blutes des deutschen Volkes notwendig ist, da es sich hier um deutsche Staatsbürger handelt. Dieser Sinn für Maß und Grenzen folgt aus dem Willen des deutschen Volkes selbst. Hier liegt eine charakteristische Strömung des neuen deutschen Rechts, die sich von der Grundidee gegenseitiger Achtung und gegenseitigen Respekts der Nationen ableitet.

Schluss

Ich habe hier versucht, vom juristischen Gesichtspunkt aus kurz eine Vielzahl von Tendenzen und neuen Organisationen darzustellen. Dabei musste ich viele wichtige Einrichtungen außer Betracht lassen. Zum Schluss darf ich aber die Aufmerksamkeit auf drei wichtige, wenn auch nicht unmittelbar dem Bereich des Rechts zugehörende Aspekte lenken, die sich aber gewiss in den einheitlichen Gesamtrahmen des nationalsozialistischen Deutschlands einfügen.

1. Das deutsche Volk war ein im höchsten Maß staatsgläubiges Volk. Jahrhundertelang gab es in Deutschland mehr „Staat" als „Volk". Jeder Rechtsphilosoph, der sich in der bisherigen deutschen Staatslehre auskennt, wird darüber staunen, daß heute in Deutschland der Staat entthront und daß das im eigentlichen Sinne staatliche philosophische System, die klassische Staatsphilosophie Hegels, überwunden ist. Man hat sogar die Meinung geäußert, daß Hegel am 30. Januar 1933, dem Tage der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler, „gestorben ist". Ich will auf diese interessante Frage nicht eingehen, ob Hegel wirklich gestorben ist oder noch lebt. Diese Frage wird heute, so-

weit ich sehe, nicht nur in Deutschland, sondern auch unter italienischen Rechtsphilosophen lebhaft diskutiert. Auf jeden Fall ist der Staat heute für das deutsche Volk kein Selbstzweck mehr, sondern nur ein Mittel. Darüber darf man aber nicht vergessen, daß seit Jahrhunderten in Deutschland und besonders in Preußen der Staat den höchsten Grad der Vollkommenheit erreicht hat. Bevor z.B. die erste Region Italiens im 18. Jahrhundert ihren modernen staatlichen Verwaltungsapparat geschaffen hatte, war Preußen schon ein vollkommener Staat; Bayern, Sachsen, Württemberg usw. waren ebenso schon wahre, gut funktionierende Staaten, lange bevor ein einheitliches deutsches Nationalgefühl entstand. Das deutsche Volk hat also alle Stufen der Staatlichkeit durchlaufen. Wenn heute in Deutschland der Primat des Staates beseitigt wird, so bedeutet das etwas wesentlich anderes als der marxistische Bolschewismus, der sich einen Staat schafft und ihn zum Klassenherrschafts- und Unterdrückungsmittel macht. Heute bedient sich das deutsche Volk des Staates als eines von sich selbst geschaffenen Organismus. Es kann ihn bewahren, ohne sich ihm zu unterwerfen; es kann ihn benutzen, ohne ihn als toten Mechanismus zu behandeln, ohne ihn aufzulösen und ohne ihn zu missbrauchen.

2. Das deutsche Volk ist ein höchst industrialisiertes Volk. Seit hundert Jahren hat es ständig und vorbildlich seine Fähigkeiten und seinen technischen Erfindungsgeist vermehrt. Gerade wegen dieses Technizismus und der Industrialisierung bestand die Gefahr, das Wesen seines Lebens als Volk zu verlieren. Durch die nationalsozialistische Bewegung wurde es zu den biologischen Wurzeln aller menschlichen Existenz zurückgeführt. Wie sie seinen Staatsapparat zum Mittel des Volkes gemacht hat, so hat sie auch seinen industriellen und technischen Apparat den Lebensgesetzen des Volkes selbst unterworfen. Ein höchst industrialisiertes Volk wie das deutsche negiert heute den Klassenkampf zwischen Unternehmer und Arbeiter; ein höchst technisiertes Volk hat die natürlichen Grundlagen des Lebens, „Blut und Boden“, wiedergefunden, und es hat den Bauern in seinen Rechten wiederhergestellt. Das vitale Wesen des Volkes zu wahren ist die ratio der ganzen nationalsozialistischen Gesetzgebung. Der Zusammenbruch Deutschlands 1918 wirkte sich furchtbar aus: ein verlorener Weltkrieg, eine bolschewistische Revolution, Inflation und Deflation, und der daraus entstandene Verfall und die Demoralisierung, die sich mit Zynismus in der literarischen Produktion aufplustern konnte und zu einem gewaltigen Bevölkerungsrückgang führte. Man muss sich an diesen Zustand erinnern, um das Werk und den Dienst des Nationalsozialismus gut nachvollziehen zu können.

3. Das deutsche Volk lebt zwischen Westen und Osten, eingekreist von riesigen Reichen. In jedem Konflikt zwischen den West- und den Ostmächten würde es zum bevorzugten Kriegsschauplatz. Durch die nationalsozialistische Bewegung ist auch diese Lage dem deutschen Volk zu Bewusstsein gekom-

men. Dank dieser Bewegung sind alle Kräfte des deutschen Volkes aus einem mächtigen und revolutionären Streben auferstanden. Die nationalsozialistische Revolution war jedoch, wie die faschistische, keineswegs nihilistisch. Sie hat nicht *tabula rasa* gemacht, sondern bewahrte und baute auf. Sie bedeutete eine Rückkehr zu den Lebensursprüngen der Nation, dem eigenen Blut und dem eigenen Boden, ein *ritornar al principio*, eine Rückkehr zum physischen, psychischen und moralischen Wesen des Volkes.

In der Geschichte der letzten Jahrhunderte, in Zeiten der Spaltung wie in Zeiten nationaler Einheit und Erneuerung, liefen die Ereignisse der italienischen und der deutschen Nation oft miteinander parallel. Manche dieser parallelen Entwicklungen sind heute offenkundig. Ich kann sie hier nicht erörtern. Aber die Erinnerung an solche geschichtlichen Parallelen kann dazu führen, daß der *horror novi* – der naturgemäß die ersten Eindrücke von den neuen Bewegungen und insbesondere den neuen politischen Ordnungen immer bestimmt hat – nicht zu einer summarisch urteilenden Gesinnung unter den beiden Nationen führen muss. Beide glorreiche und von vielen gemeinsamen politischen und geistigen Entwicklungen verbundene Nationen müssen, im Gegenteil, ihre großen Taten gegenseitig verstehen, in gerechter Anerkennung und gut begründeter gegenseitiger Achtung.

49. Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes

Deutsches Recht, 6. Jg., H. 9–10 (1936), S. 181–185

Das Programm der NSDAP ist eine echte, und zwar unsere wichtigste Rechtsquelle. Es ist heute bereits gültiges Recht und beherrscht und durchdringt in verschiedener, aber stets wirksamer Weise die gesamte Arbeit aller deutschen Rechtswahrer, des Gesetzgebers wie des gesetzauslegenden und prozeßentscheidenden Richters, des beratenden und vertretenden Anwalts wie des rechtswissenschaftlichen Forschers und Lehrers. Im besonderen enthält Punkt 19 des Parteiprogramms die entscheidende Aufgabe für die Arbeit der deutschen Rechtswahrer: Ersatz des der materialistischen Weltordnung dienenden römischen Rechts durch ein deutsches Gemeinrecht. Damit obliegt uns eine Aufgabe, die nicht etwa nur „allgemeiner" Natur ist; durch diese Aufgabe ist vielmehr die bisherige, vom römischen Rezeptionsrecht her bestimmte Grundlage des deutschen Juristentums beseitigt und eine neue Grundlage für den ständischen Aufbau eines deutschen Rechtswahrertums geschaffen. Punkt 19 des Parteiprogramms ist eine verfassungsrechtliche Bestimmung ersten Ranges.

Öfters in der deutschen Rechtsgeschichte sind starke Bewegungen gegen das römische Rezeptionsrecht aufgetreten und haben versucht, ein im deutschen Volksrecht wurzelndes deutsches Gemeinrecht durchzusetzen. Immer blieb ihnen der entscheidende Erfolg versagt, weil sie nicht die Kraft hatten, bis zum Kern der Sache, nämlich zum Problem der ständischen Organisation des deutschen Rechtswahrertums, vorzudringen. Den letzten großen Anlauf unternahm die germanistische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts. In der Zeit vor dem revolutionären Ausbruch der liberalen Bewegung des Jahres 1848 setzte sie besonders hoffnungsvoll ein; in den Jahren der nationalen Einigung des Zweiten Reiches, vor und nach 1870, zeigt sich ein neuer, national-liberaler Antrieb. Ein kennzeichnendes Werk des ersten Vorstoßes ist *Georg Beselers* 1843 erschienenes, gegen die Wiederbelebung der Romanistik durch *Savigny* und *Puchta* gerichtetes Buch: „Volksrecht und Juristenrecht"; das imposanteste Denkmal des zweiten Vorstoßes ist der erste Band von Gierkes Genossenschaftsrecht aus dem Jahre 1868. Die Verdienste der germanistischen Rechtsforschung um eine wissenschaftliche Erkenntnis und Verwertung der deutsch-rechtlichen Vergangenheit sind ganz unbestreitbar. Unter uns ist keiner, der sich nicht, um nur zwei Namen der letzten Generationen

zu nennen, mit Dankbarkeit an *Heinrich Brunner* und *Karl von Amira* erinnerte. Aber warum blieben die hoffnungsvollsten Anläufe im Endergebnis doch nur gelehrte Forschung, und warum haben sie die Herrschaft des rezeptionsrechtlichen Gemeinrechts und der von ihm geprägten Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht zu erschüttern vermocht? Weil sie nicht von einer durchstoßenden politischen Bewegung getragen wurden und infolgedessen auch nicht die Kraft hatten, das berufsständische Fundament des bisherigen deutschen Rechtswahrertums zu ändern.

I.

Bestimmte berufsständische Einrichtungen und Schulungsmethoden, der Stil der Kodifikationen und eine wesentlich „zivilistische" Methode waren in der vielhundertjährigen Herrschaft des römischen Rezeptionsrechts zu einem Wesensbestandteil des deutschen Juristenstandes geworden. Die Germanisten setzten den Normen und Begriffen einer romanistischen Jurisprudenz die Inhalte deutsch-rechtlicher Normen entgegen; mit gutem Recht und gutem Erfolg. Aber in der Hauptsache handelte es sich um mehr als um die Verschiedenheiten von Normeninhalten, über deren Zweckmäßigkeit und Richtigkeit man streiten kann; der eigentliche Kampf ging um etwas anderes, nämlich darum, den *Typus des rezeptions-rechtlich geprägten Juristen durch den eines deutschen Rechtswahrers zu ersetzen und diesen ständisch-organisatorisch zu sichern*. Weil das nicht erreicht wurde, gerieten die besten Anläufe zur Wiederbelebung eines deutschen Volksrechts in die unrichtigen Fronten und Fragestellungen des innerpolitischen Kampfes, der während des ganzen 19. Jahrhunderts das deutsche Volk und die führende bürgerliche Bildungsschicht nach „liberal" und „konservativ" gruppierte. Das jüdische Gelehrtentum drang auf beiden Seiten, auf der konservativen wie der liberalen, romanistisch wie germanistisch, in die Auseinandersetzung ein und steigerte die Verwirrung.[1] Schließlich suchten auch bedeutende Forscher das Heil in historizistischer „Objektivität" und unpolitischer „Neutralität". Das war eine Flucht aus der Gegenwart ins rechtshistorische Museum. Die frühliberale Bewegung blieb in dem Mißerfolg des Jahres 1848 stekken; der nationalliberale Anlauf versandete in dem Sicherheitsgefühl des Zweiten Reichs, in Gesetzespositivismus auf der einen, historisch-archäologischer Materialanhäufung auf der anderen Seite. Schon im Jahre 1847 klagte ein großartiger Vorkämpfer, der Staatsanwalt *von Kirchmann*: „Dies eben ist das Klägliche der Jurisprudenz, daß sie die Politik von sich aussondert, daß sie damit sich

[1] Heinrich Lange hat die Folge dieses Eindringens jüdischen Geistes in zwei hervorragenden Aufsätzen in der Deutschen Juristen-Zeitung („Deutsche Romanistik?" DJZ, 1934, Sp. 1493 und „Der Verfall des Persönlichkeitsgedankens", DJZ, 1935, Sp. 408) geschildert. Die Fachgruppe Hochschullehrer des Deutschen Rechtswahrerbundes wird sich im Herbst 1936 auf einer besonderen Tagung mit dem Thema „Das Judentum in der deutschen Rechtswissenschaft" beschäftigen.

selbst für unfähig erklärt, den Stoff und den Gang der neuen Bildungen zu beherrschen oder auch nur zu leiten."

Die liberale Bewegung hinterließ in großen Kodifikationen des Handelsrechts, Strafrechts und Prozeßrechts ein gesetzgeberisches Werk, das in vielen Teilen noch heute Geltung hat und in manchen Elementen auch von der germanistischen Rechtslehre beeinflußt ist. Aber ein deutsches Gemeinrecht war nicht geschaffen. Im ganzen blieb das von der römisch-rechtlichen Pandektenwissenschaft geformte System des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1896 herrschend. Die nach 1900 einsetzenden, auf „freiere" Methoden der Gesetzesanwendung gerichteten Bestrebungen und die bedeutende Arbeit großer deutscher Gelehrter, wie *Erich Jung, Philipp Heck* und *Ernst Stampe* konnten in der politischen und geistigen Lage dieser Zeit nicht durchdringen. Übrigens mischte sich auch hier sofort jüdischer Geist in den Kampf um die deutsche Freiheit.

II.

Heute gehen wir mit anderen politischen Kräften an die Erfüllung der Aufgabe. Wir sehen neuen Rechtsbildungen frei ins Auge und erkennen das deutsche Rechtswahrertum als einen Stand mit großen, neuen Verpflichtungen gegenüber dem Recht, das sich in Partei, Staat und anderen, neu sich formenden oder neu wachsenden Ordnungen unwiderstehlich entwickelt. Das setzt uns instand, jenen deutsch-rechtlichen Bemühungen des letzten Jahrhunderts gerecht zu werden und sie richtig zu beurteilen. Wir sehen die Gründe ihres Mißerfolges ebenso deutlich wie das Verdienst ihrer Leistungen. Viele Äußerungen aus jener Zeit sprechen uns heute noch unmittelbar an, und zwar bezeichnenderweise mehr diejenigen des ersten frühliberalen, als des zweiten nationalliberalen Vorstoßes. Der berühmte, im Jahre 1847 in Berlin gehaltene Vortrag des eben genannten Staatsanwalts *von Kirchmann* „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" z. B. würde heute noch jeden deutschen Rechtswahrer hinreißen; er wirkt an einzelnen Stellen sogar fast wie ein Manifest unserer heutigen Forderungen eines Volksrechts. In Georg Beselers vorhin genanntem Buch über „Volksrecht und Juristenrecht" finden sich zahlreiche Gedanken und Sätze, die heute noch zutreffen und ohne weiteres verwandt werden können.

Beseler hat insbesondere mit großer Klarheit erkannt, daß es keine Erörterung der Grundbegriffe des Rechtslebens, der Methoden und der Rechtsquellen geben kann, die nicht im engsten Zusammenhang mit der politischen Gesamtverfassung und mit der konkreten Lage des Juristenstandes bleibt. Das Problem „Volksrecht und Juristenrecht", das er gegenüber dem romanistisch geprägten Juristenstand seines Zeitalters aufwirft, ist auch für uns von Bedeutung. Er sagt mit Recht, daß das Volksrecht keineswegs aufzuhören

braucht, wenn die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse kompliziert werden, und daß es ein Irrtum der romanistischen Lehre vom Volksgeist war, wenn sie meinte, auf höherer Kulturstufe müsse das Recht vom Volk an einem vom Volk gesonderten Juristenstand übergehen, der dann eine „Repräsentation" des Volksgeistes darstelle. In aller Deutlichkeit wird hier sichtbar, daß der Kampf gegen das römische Rezeptionsrecht ein Kampf *gegen* einen fremdrechtlich geformten Juristenstand und *für* einen deutschen Rechtsstand ist. Ein Juristenstand, der von einer römisch-rechtlichen Jurisprudenz wissenschaftlich geführt wurde und dessen „Quelle" ein fremdsprachiges Rechtsbuch war, mußte aus dem Recht die Geheimkunst eines Sonderstandes machen; daß es diesem Stand gelungen war, das fremde und sogar fremdsprachige Rezeptionsrecht im Wege der Gewohnheit zum gemeinen Recht Deutschlands zu machen, beweist nur die Macht eines solchen Standes und zeigt, daß nicht jedes in der juristischen Praxis befolgte Gewohnheitsrecht Volksrecht ist. Das Juristenrecht kann, wie Beseler mit Recht betont, durchaus Volksrecht sein; bei den größten Juristen des klassischen römischen Rechts war das auch durchaus der Fall. Aber in Deutschland war die Herrschaft des römischen Rezeptionsrechts die Herrschaft eines Juristenstandes, dessen Rechtsquellen, Methoden und Institutionen ihn fortwährend in einen neuen Gegensatz zum deutschen Volksrecht und damit auch zu einem deutschen Gemeinrecht hineintrieben. Das war die Eigenart des bisherigen Juristenrechts, dessen Quelle, wie Beseler richtig feststellt, „die seit der Aufnahme des römischen Rechts begründete Macht des Juristenstandes" war. Mit derselben Bestimmtheit, mit der man sagen kann, daß in England ein nationaler englischer Rechtsstand in Verbindung mit einem starken nationalen Königsgericht unter dem König als obersten Gerichtsherrn die Rezeption des römischen Rechts verhindert hat, muß man für Deutschland feststellen, daß die Geltung dieses Rezeptionsrechts identisch war mit der Herrschaft eines in der Gedankenwelt des fremden Rechts lebenden Juristenstandes.

Heute gilt in Deutschland das nationalsozialistische Parteiprogramm; heute ist der Führer der oberste Gerichtsherr der Nation. Daraus ergibt sich eine unvermeidliche praktische Folgerung. Wenn jetzt in Deutschland die Herrschaft des römischen Rezeptionsrechts entfällt, so ändert sich damit eine ganze Welt nicht nur inhaltlicher Vorstellungen und Regelungen, sondern auch berufsständischer Einrichtungen und juristischer Methoden. Das eine ist nicht denkbar ohne das andere. Hier muß mit dem Mantel wirklich auch der Herzog fallen. Wenn wir gegen das römische Rezeptionsrecht kämpfen, so ist das nicht nur ein Kampf gegen den Inhalt bestimmter Rechtssätze, über deren Zweckmäßigkeit man vielleicht streiten kann, es ist in der Hauptsache ein Kampf um den Aufbau eines einheitlichen deutschen Rechtswahrertums, das nach seiner Organisation und Struktur alle Bedingungen erfüllt, die notwendig sind, um ein deutsches Gemeinrecht zu schaffen und zu wahren. *Der*

Kampf gegen das römische Rezeptionsrecht kann nur dann erfolgreich sein, wenn er zugleich der Kampf für einen deutschen Rechtsstand ist.

III.

Das Unglück innerer Zersplitterung, das unser Schicksal war, hat auch auf unserer Rechtsentwicklung gelastet. Ein halbes Jahrtausend hindurch hat es in Deutschland weder ein einheitliches Recht noch einen einheitlichen Rechtsstand gegeben. Das römisch-rechtlich geschulte Juristentum entwikkelte sich, als Teil der staatlichen Gesamtentwicklung der deutschen Territorialfürsten und ihrer Vielstaaterei, von einem Fürstendiener- zu einem Staatsdiener- und Staatsbeamtentum, mit vielen Staaten, vielen Rechten und vielen verschiedenen Positionen des beamteten oder nichtbeamteten Juristen. Über dieser Zersplitterung schwebte, als Ersatz der politischen Einheit, die Gemeinsamkeit einer Pandektenwissenschaft, die ein *Corpus juris* zum deutschen Gemeinrecht erhob, dem ein *Corpus jurisconsultorum* der juristischen Fakultäten entsprach.

Was die staatliche Zersplitterung Deutschlands bedeutet, ist bekannt. Die innerständische Zersplitterung des deutschen Rechtswahrertums ist weniger bekannt, aber nicht weniger bedeutungsvoll. Der Jurist als Staatsbeamter geriet, vor allem in Preußen, also gerade in dem führenden deutschen Staat, in den Kampf von Justiz und Verwaltung, der im 19. Jahrhundert das Einfallstor wurde, durch welches der innerpolitische Kampf zwischen Liberalismus und Konservativismus in den Staat selbst eindrang. Vergessen wir nicht, daß es preußische richterliche Beamte waren, die der wütenden liberalen Opposition gegen die Bismarck-Roonsche Staatserneuerung die Beweisgründe und Schlagworte von „Recht“ und „Rechtsstaat“ lieferten. Dieser innerpolitische Kampf zwischen Justiz und Verwaltung wird erst jetzt in seiner ganzen Tiefe erkennbar[2].

Die Grundbegriffe des Deutschen Staats- und Verfassungsrechts beruhten auf dem Gegensatz vom „abhängigen“ Beamten und „freien“ Bürger. Der nicht beamtete Anwalt war als Nichtbeamter eben dadurch „frei“ und in die Front der freien, d. h. liberal-bürgerlichen Gesellschaft eingereiht. Der staatliche Verwaltungsbeamte dagegen stand in der anderen Front, auf der Seite der staatlichen Macht, gegen deren immer präsumierte „Willkür“ und für deren rechtsstaatliche Fesselung der liberale Fortschritt mit weltanschaulichem Eifer kämpfte. Für den richterlichen Beamten aber gab es eine vom Staate selbst

[2] *Albrecht Wagner*, „Der Kampf zwischen Justiz und Verwaltung in Preußen“, dargelegt an der geschichtlichen Entwicklung des Konfliktsgesetzes von 1854, Hamburg 1936.

geschaffene Unabhängigkeit vom Staate. Der unabhängige richterliche Beamte geriet dadurch, rechtsständisch gesehen, in eine Zwischenposition zwischen den „freien“ Anwalt und den „abhängigen“ Verwaltungsbeamten. Durch seine „Unabhängigkeit“ wurde der Richter aber nicht etwa wirklich unpolitisch, er wurde, politisch gesehen, nur eine brauchbare Deckung im Kampf für den liberalen Rechtsstaat. Im übrigen konnte selbst im liberalen Rechtsstaat der freie Anwalt nicht im vollen Sinne, wie irgendein Gewerbetreibender, „frei“ sein; die ständischen Notwendigkeiten der beruflichen Beschäftigung mit dem Recht setzten sich auch hier durch. So entstand ein unklares und widerspruchsvolles Zwischengebilde: der Anwaltsberuf galt als ein halbamtlicher oder ein „staatlich gebundener“ und doch „freier“ Beruf. Die Begriffe „frei“ und „unabhängig“, „freier Anwalt“ und „unabhängiger Richter“ mußten polemische Begriffe des innerpolitischen Kampfes werden.

Die innere Unklarheit der Vorstellungen von einem halbfreien richterlichen Staatsbeamten und einem halbstaatlichen nichtbeamteten Anwalt war ein Zeichen der inneren Widersprüche in der Lage des deutschen Rechtsstandes. Dazu kam, daß ein für das Rechtsleben so wesentlicher Beruf wie der des Wirtschaftsprüfers und Treuhänders sich überhaupt ganz abseits der juristischen Standesformationen entwickelte. Erst die staatliche und weltanschauliche Einigung des deutschen Volkes durch die nationalsozialistische Bewegung konnte dieser Zersplitterung ein Ende machen und sowohl die Gegensätze von Beamten und Nicht-Beamten, und innerhalb der Beamten von Justiz- und Verwaltungsbeamten, wie auch die sinnwidrige Isolierung der wirtschaftsrechtlichen Berufe in einem einheitlichen deutschen Rechtsstand überwinden.

IV.

Erst mit der Einheit eines deutschen Rechtsstandes werden auch die vielen praktischen und theoretischen Fragen beantwortbar, die uns heute beschäftigen und infolge der Weiterführung falscher Begriffe und Fragestellungen vielfach noch verwirren. Die staatlich-ständische Zersplitterung des deutschen Rechtswahrertums spiegelte sich in den ebenso zersplitterten und unfruchtbaren Streitfragen über die wichtigsten Grundbegriffe alles rechtlichen Lebens: Recht und Gesetz, Gesetzgebung und Rechtsprechung, Freiheit und Gebundenheit des Richters, Rechtsquellen und Auslegungsmethoden in Theorie und Praxis. Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs beginnt mit dem neuen Jahrhundert auch der Methodenstreit, der in Wahrheit ein staatlich-ständisches Problem betrifft, aber, bei der ständischen Blindheit dieser Zeit, mit abstrakten Begriffen von Recht, Gesetz, Wissenschaft usw. geführt wurde. Auch heute noch werden manche Erörterungen über das Verhältnis von Recht und Gesetz, Freiheit und Gebundenheit des Richters nur mit scharfen begrifflichen Auseinanderreißungen von Recht und Gesetz, Gesetz

und Gesetzesauslegung geführt, ohne daß das konkrete Ordnungsproblem, nämlich das des deutschen Rechtsstandes, auch nur zum Bewußtsein käme. In Wahrheit ist jede rechtswissenschaftliche Methodenfrage eine *Verfassungsfrage*. Das Rechtsleben eines Volkes ist ein unmittelbarer Teil seiner wirklichen Verfassung. Hierbei bedeutet „Verfassung" allerdings nicht das, was der liberale Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts unter diesem Wort verstand, nämlich eine beurkundete Normierung des Verhältnisses von Exekutive und Legislative mit Freiheitsrechten des Individuums und einer Reihe von Garantien gegen Mißbrauch der Staatsgewalt. Verfassung ist für uns die wirkliche Gesamtordnung eines Volkes, die Ordnung der konkreten Ordnungen. Zu einer solchen gehört ein einheitlicher, volksverbundener Rechtsstand. An der Hand dieser richtigen Bedeutung des Wortes „Verfassung" können wir heute sagen: *Ein Volk, das keinen Rechtsstand hat, hat auch keine Verfassung.*

Die Wirklichkeit eines echten Rechtsstandes ist wichtiger als jedes noch so sorgfältig kodifizierte Regelsystem, wichtiger als jede urkundliche Fixierung innerpolitischer Kompromisse. Wir müssen daher stets auf die *untrennbare Einheit von rechtsständischem Aufbau und rechtlichen Denkweisen und Begriffen* achten. Berufsständische Institutionen und theoretische wie praktische Methoden des Rechtslebens sind zwei Seiten derselben Einheit. Bevor man die Frage nach der Gesetzesgebundenheit oder Freiheit des Richters beantwortet, muß man sich der institutionellen Gebundenheit aller Begriffe von Gesetz, Gesetzesanwendung, Gesetzesgebundenheit bewußt werden. Theoretisch wie praktisch hat sich das Rechtsleben jedes Volkes immer nur in bestimmten berufsständischen Formen entwickelt. Diese Einheit von Institutionen und Methoden ist nicht etwa nur eine geschichtliche Tatsache oder eine soziologische Erkenntnis; es ist eine unmittelbar juristische und rechtswissenschaftliche Wahrheit. Kein Richter ist eine mit einer unpersönlich geltenden Norm im freien Raum schwebende isolierte Figur. Die Art, wie der Gesetzgeber seine Regelungen formuliert, die Begriffssprache und die bei der Regelung vorausgesetzte Auslegungsmethode, alles das hat bereits bestimmte berufsständische Formen im Auge.

Ein hauptsächlich mit Gesetzeskodifikationen arbeitendes, gesetzesgebundenes, staatliches Berufsbeamtentum eines gewaltenteilenden Verfassungsstaates mit staatlichem Gesetzesmonopol entwickelt nicht nur andere Auslegungsmethoden, sondern auch ganz spezifische, nur ihm wesensverbundene Begriffe von Recht und Gesetz, daher auch von Gesetzesgebundenheit und richterlicher Freiheit. Hier steht oft eine fast ängstliche Vorsicht in der Handhabung des Gesetzeswortes unmittelbar neben der erstaunlichsten Freiheit. Das deutsche Reichsgericht z. B., das sich doch streng an das Gesetz gebunden hält, ist trotzdem aus dem Begriff und dem inneren Wesen der Sache heraus in Fragen des Beamtenrechts dem eindeutigen Willen des Gesetzes entgegengetreten (vgl. z. B. „RGZ" 125, S. 422, und 134, S. 116). Mit Hilfe

einer wissenschaftlichen Argumentation kann der Richter dem Gesetzgeber, der ebenfalls mit wissenschaftlich formierten Begriffen arbeitet, sehr leicht einen „begrifflich unmöglichen" und daher „unverbindlichen" Gesetzesinhalt nachweisen. Es ist aber kein Zufall, daß das Reichsgericht diese Freiheit und Selbständigkeit gegenüber dem Gesetzgeber gerade bei dem Begriff des Beamten und bei der Frage der Haftung für Amtspflichtsverletzungen in Anspruch genommen hat. Ich sehe darin ein Zeichen ständischen Selbstbewußtseins gegenüber dem Weimarer Staat, wie es in dem Gesetzespositivismus des festeren Staates der Vorkriegszeit wohl nicht möglich gewesen wäre. Jedenfalls ist es selbstverständlich, daß die Unabhängigkeit eines solchen an Kodifikationen gebundenen staatsbeamteten Richters z. B. mit der richterlichen Freiheit des englischen Richterstandes, der ein nur in richterlichen Vorentscheidungen sichtbar werdendes Gemeinrecht selber entwickelt und weiterträgt, überhaupt nicht verglichen werden kann.

Auf die einfache Wahrheit dieses Zusammenhanges von Rechtsbegriffen und staatlichen und ständischen Einrichtungen, von Rechtsdenken und Rechtsstand, müssen wir uns besinnen, um die falschen Fragestellungen zu vermeiden, die heute besonders in der Frage *Freiheit oder Gebundenheit des Richters*? auftreten. Wir dürfen insbesondere hier den aus dem 19. Jahrhundert überlieferten Gesetzesbegriff nicht weiterführen, weil dieser an eine Verfassungslage und an berufsständische Voraussetzungen gebunden ist, die von der heutigen politischen und ständischen Gesamtlage des Richters wesentlich verschieden sind. Scheinbar besteht heute ein offener Widerspruch zwischen der Forderung einer strengen Bindung des Richters an das Gesetz und der nationalsozialistischen Überordnung des Rechtes über das Gesetz. Es wäre nicht schwer, Äußerungen, die die Gesetzesgebundenheit, und andere gegenteilige Äußerungen, die die rechtsschöpferische Freiheit des Richters betonen, nebeneinander zu stellen und viele Unstimmigkeiten festzustellen. Solche Widersprüche sind aber nur so lange vorhanden, als man den positivistischen *Gesetzesbegriff* des monarchischen und parlamentarischen Konstitutionalismus festhält und verkennt, daß unser Gesetzesbegriff davon von Grund auf verschieden ist. Der frühere sogenannte positivistische Gesetzesbegriff war dadurch gekennzeichnet, daß er das Gesetz als eine von den politischen, weltanschaulichen und sonstigen Motiven und Willensinhalten des Gesetzgebers losgelöste, in sich selbständige Größe auffaßte, die sich, wenn sie einmal als abgeschlossenes Produkt im Reichsgesetzblatt verkündet war, vor allem auch gegen den sie produzierenden Gesetzgeber selbst wandte. Für einen solchen Gesetzesbegriff ist es typisch, daß, wie es in einer verbreiteten und vielzitierten Formel heißt, „das Gesetz klüger als der Gesetzgeber" ist. Die scharfe Trennung von Gesetz und Gesetzgeber war in der Verfassungslage des konstitutionellen 19. Jahrhunderts und des Weimarer Parteienstaates durchaus sinnvoll. Dort war das Gesetz ein Kompromiß verschiedenartiger

und gegensätzlicher Klassen und Weltanschauungen; das Gesetz mußte liberale, konservative, konfessionelle und klassenmäßige Gegensätze überbrükken, und die positivistische, Gesetzestext und Motive scharf trennende Methode des ein solches Gesetz handhabenden Juristenstandes hatte den Sinn, sich vorsichtig und neutral auf der schmalen Brücke des Gesetzestextes zu halten, um nicht in den Abgrund der mühsam verdeckten parteimäßigen, weltanschaulichen, konfessionellen und sonstigen Gegensätze zu stürzen. Jeder Versuch, vom Gesetz auf den Gesetzgeber zurückzugehen, wäre in einer solchen politischen Lage bedenklich gewesen; er galt deshalb als unjuristisch oder „metajuristisch". An der Hand eines solchen Gesetzesbegriffes entwickelten sich dann Auslegungsmethoden, die vor allem den Sinn und Zweck hatten, die unpolitische, neutrale, „rein juristische" Haltung des Juristen zu sichern. Der Wille des Gesetzes mußte hier vom Willen des Gesetzgebers scharf unterschieden werden; infolgedessen war auch die Bindung an den Willen des Gesetzes etwas wesentlich anderes, als die Bindung an den Willen des Gesetzgebers.[3]

In einem Gemeinwesen, das den Staat als Mittel der nationalsozialistischen Weltanschauung ansieht, ist *das Gesetz Plan und Wille des Führers*. Hier kann es allerdings in einer Übergangszeit noch verschiedene Arten von Gesetzen geben, unter denen *vier Gruppen* zu unterscheiden sind: *vornationalsozialistische* Normierungen, die unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit nationalsozialistischen Grundgesetzen bis auf weiteres in Geltung bleiben; „Gesetze" und Verordnungen, die dem *Abbau des vergangenen Rechtssystems* dienen; Gesetze, die das *jeweilige Maß* der fortschreitenden Verwirklichung des Parteiprogramms abstecken; und im eigentlichen Sinne inhaltlich nationalsozialistische Gesetze, die bereits den Aufbau einer neuen Ordnung darstellen, wie z. B. das Reichsbürgergesetz und das Erbhofrecht. Daß die Handhabung und Auslegung dieser vier verschiedenen Gesetzesarten durch den gesetzanwendenden Richter verschieden sein muß, ergibt sich bereits aus dieser Unterscheidung. Mit der allgemeinen Gleichung: Gesetz gleich Gesetz käme man hier nicht weiter. Niemals aber kann, nach Art des früheren Gesetzespositivismus, der Wille eines Gesetzes dem Willen des Führers als des Gesetzgebers entgegengehalten werden. Heute würde es wohl niemand mehr wagen, in der Art des vorhin zitierten Gesetzespositivismus ein Gesetz des Führers für „klüger" zu erklären als den Führer selbst. Heute sind Gesetz und Gesetzgeber eins. Weil die weltanschauliche Grundlage wiedergewonnen ist, gibt es auch nicht mehr jene Entgegensetzung einer „rein juristischen" gegen eine weltanschauliche Grundhaltung. Der frühere Begriff der von der weltan-

[3] *Ritterbusch*, „Der Verfassungskompromiß von Weimar", Wittenberg 1932; *G. Krauß*, „Der Rechtsbegriff des Rechts", Hamburg 1936, insbesondere der Abschnitt: „Die bürgerliche Gesellschaft und der positivistische Rechtsbegriff" (S. 72 f.).

schaulichen Grundlage losgelösten Geltung eines Gesetzes, mit seiner Trennung von positivem Gesetz und bloßem Programm ist auf das Parteiprogramm der NSDAP nicht nur nicht anwendbar, sondern steht ihm feindlich entgegen. Auch im strengsten Rechtssinne wäre es heute falsch, die für den bisherigen Gesetzesbegriff durchaus berechtigte Trennung von Plan und Norm für das heutige nationalsozialistische Recht beizubehalten.

Der deutsche Rechtswahrer ist heute der Mitarbeiter des Führers. Alle, die von Berufs wegen mit der Anwendung und Wahrung des deutschen Rechts befaßt sind, stehen in derselben weltanschaulichen Grundhaltung. Nationalsozialistisches Recht und Plan und Wille des Führers können nur von Nationalsozialisten erkannt und gewahrt werden. In dieser weltanschaulichen Grundhaltung liegt die echte und sichere Bindung, die eine echte und sichere Freiheit ermöglicht. Die Gebundenheit ist nicht mehr Gebundenheit an einen vom Willen des Gesetzgebers verschiedenen Willen des Gesetzes, die Freiheit nicht mehr eine auf der Trennung von Gesetz und Gesetzgeber aufgebaute Unverbindlichkeit der Grundmotive und Ziele, die zum Gesetz geführt haben. Erst auf der gemeinsamen weltanschaulichen Grundlage wird die Freiheit eines in seinem Amt und seiner Persönlichkeit als Volks- und als Standesgenosse geachteten und geehrten Rechtswahrers möglich. Seine Unabhängigkeit ist nicht künstlich durch gewisse Privilegien geschaffen. Sie ist sicher verbürgt in einem auf fester Weltanschauung, auf unbedingter Volksverbundenheit und echter Sachkunde aufgebauten, starken Rechtsstand.

Auch der neue Gesetzesbegriff erfordert also den deutschen Rechtsstand. Denn nur ein deutscher Rechtsstand kann die Notwendigkeiten strenger rechtlicher Bindung mit den Erfordernissen der Freiheit und Unabhängigkeit, die nun einmal zum Amt eines richtenden, begutachtenden, forschenden und lehrenden Rechtswahrers gehören, ohne Widerspruch vereinigen. Nicht ein „Rechtsstaat“, sondern ein wirklicher Rechtsstand gewährleistet ein freies und schöpferisches Rechtswahrertum.

V.

Wenn man heute sagt, Deutschland sei ein Rechtsstaat, und dabei gleichzeitig die französische Republik, England und die Vereinigten Staaten von Amerika als Rechtsstaaten bezeichnet, so macht man aus dem Wort „Rechtsstaat“ einen Allgemeinbegriff, der das wesentliche Problem, nämlich das eines deutschen Rechts*standes*, verfehlt und deshalb die sachliche Erörterung in die Irre führt. Es ist entweder nichtssagend oder falsch und unrichtig, den genannten, ganz verschiedenartigen Ländern, deren Rechtswahrertum mit ganz verschiedenartigen Rechtsquellen und unter ganz verschiedenartigen Bedingungen und berufsständischen Formen tätig ist, die Allgemeinbegriffe

„Recht“ und „Staat“ überzuwerfen und sie dann sogar noch unter den kombinierten Allgemeinbegriff „Rechtsstaat“ zu subsumieren.

Fassen wir „Recht“ und „Staat“ nicht als abstrakte Begriffe, sondern als konkrete, durch staatliche, ständische und andere verfassungsrechtliche Einrichtungen bestimmte Größen, so müssen wir feststellen: England ist kein Rechtsstaat, sondern ein Gemeinwesen mit einem Gemeinrecht, ein *commonwealth* mit einem *common law*, und es kann das sein, weil es einen unabhängigen Rechtsstand hat, der dieses grundsätzlich nicht geschriebene, d. h. von einem Gesetzgeber unabhängige Gemeinrecht trägt. Die Vereinigten Staaten von Amerika haben ebenfalls ein ungeschriebenes *common law* und daher auch einen Rechtsstand. Sie haben aber, zum Unterschied von England, eine gewaltenteilende geschriebene Verfassung als höchste Norm und einen höchsten Bundesgerichtshof, dessen Freiheit und Überlegenheit über die Regierung und die gesetzgebenden Körperschaften darin besteht, daß er als Organ dieser höchsten geschriebenen Norm gegenüber Gesetzgebung und Regierung bisher das letzte Wort behalten hat; die Vereinigten Staaten von Amerika sind also kein Rechtsstaat, sondern eine Verfassungsunion mit einem *common law* und einem Rechtsstand und mit einem obersten Gerichtshof als dem Hüter einer geschriebenen Verfassung. Die französische Republik dagegen ist ein typischer *Staat* mit einem zentralistischen Justiz- und Verwaltungssystem und mit geschriebenem, sogar kodifiziertem Gesetzesrecht, mit einem Parlament als Gesetzgeber; Frankreich ist also kein Rechtsstaat, sondern ein parlamentarischer Gesetzesstaat mit einer gesetzesgebundenen staatlich beamteten Justiz und Verwaltung, bei strenger Teilung der Justiz von einer Verwaltung, die nach eigenem Recht, nämlich Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit lebt. Ein Vergleich Englands mit Frankreich zeigt, daß es nur *entweder einen Rechtsstand oder einen Gesetzesstaat* gibt, während Rechts*staat* ein Mischbegriff ist, den es im Grunde ebensowenig gibt, wie einen Gesetzes*stand*.

Auf deutschem Boden hat sich ebenfalls ein wirklicher Staat entwickelt. Insbesondere kann der preußische Staat neben dem französischen Staat als das klassische Beispiel europäisch-kontinentaler Staatlichkeit gelten. Entsprechend der inneren Entwicklungsnotwendigkeit des Staates und gefördert durch den Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts entwickelte sich auch der deutsche Staat unter dem Namen „Rechtsstaat“ zu einem von dem Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit von Justiz und Verwaltung“ beherrschten Gesetzesstaat. Doch galt in vielen Gebieten bis 1900 das rezeptionsrechtlich entwikkelte romanistische Gemeinrecht, so daß, infolge der Untrennbarkeit von Gemeinrecht und Rechtsstand, die Vorstellung eines dem Staate gegenüber selbständigen Rechtsstandes nicht mit derselben Folgerichtigkeit unterdrückt wurde, wie das im „klassischen“ französischen Gesetzesstaat geschehen konnte. In diesem Sinne kann man sagen, daß der deutsche Staat zwischen dem englischen rechtsständischen und dem französischen gesetzesstaatlichen

System in der Mitte lag. Das äußerte sich praktisch z. B. darin, daß die ordentlichen Gerichte in Deutschland auf dem Weg über privatrechtlich konstruierte Ansprüche gegen den Fiskus über den Staat eine weitgehende Kontrolle ausüben konnten, die im französischen Staat undenkbar gewesen wäre. Doch war dieser ganze Zustand in sich unklar und widerspruchsvoll. Er kann erst heute, nachdem der Staat ein Mittel der nationalsozialistischen Bewegung geworden ist, geklärt und bereinigt werden.

Als die nationalsozialistische Bewegung den deutschen Staat in die Hand nahm, hat sie dessen in langer Tradition ausgebildetes staatliches Justiz- und Verwaltungssystem nicht zerschlagen, sondern mit vielen Vereinheitlichungen und Verbesserungen weitergeführt. Insbesondere wurde das Staatsbeamtentum in Rechtspflege und Verwaltung beibehalten. Gleichzeitig sind aber, wie oben gezeigt, alle Begriffe des bisherigen Gesetzgebungsstaates auf eine neue Verfassungsgrundlage gestellt. Der Führer ist nicht Staatsorgan, sondern oberster Gerichtsherr der Nation und höchster Gesetzgeber; das nationalsozialistische Parteiprogramm verlangt die Schaffung eines deutschen Gemeinrechts, das ohne einen deutschen Rechtsstand undenkbar ist. Es handelt sich nunmehr nicht etwa darum, das englische Vorbild auf Deutschland zu übertragen und nach der Beseitigung der einen Rezeption eine andere vorzunehmen, wohl aber ist uns das englische Beispiel wichtig, weil es zeigt, daß es kein nationales Gemeinrecht ohne einen nationalen Rechtsstand geben kann.

Die Aufgabe, ein deutsches Gemeinrecht zu schaffen, kann nur von einem deutschen Rechtsstand erfüllt werden. Neben dieser Aufgabe macht eine zweite, damit verbundene Aufgabe einen deutschen Rechtsstand erforderlich. Da der Nationalsozialismus den deutschen Staat als eine der großen weiterzuführenden Leistungen des deutschen Geistes anerkennt, da er den Staat nicht, nach marxistischer Art, zum alten Eisen wirft, muß dieser Staat unter nationalsozialistische Führung und in den Dienst der neuen Aufgaben gestellt werden. Das bisherige staatliche Monopol der Rechtsschöpfung entfällt, da es in Wahrheit nur ein Gesetzgebungsmonopol war und weder mit einem deutschen Gemeinrecht noch mit der nationalsozialistischen Vorstellung vom Recht vereinbar ist. Auch hier wird der Staat zu einem Mittel, nämlich zu einem Mittel des Volkes und des Volksrechts. Auch diese Aufgabe der Indienststellung des Staates als eines Mittels des deutschen Volksrechts kann nur durch einen starken und einheitlichen, nationalsozialistischen deutschen Rechtsstaat erreicht werden.

Erst in einem deutschen Rechtsstand findet alle berufliche und fachliche Arbeit am deutschen Recht ihren völkischen Sinn und ihre nationale Würde. Der Streit um den „Rechtsstaat“ ist längst überholt. Heute handelt es sich um ein deutsches Gemeinrecht und um den deutschen Rechtsstand.

50. Die Bedeutung des Rheinbundes für die spätere deutsche Verfassungsgeschichte

Bemerkungen zu Johannes Weidemann, Neubau eines Staates. Staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung des Königreichs Westphalen, Leipzig 1936

Deutsche Juristen-Zeitung, 41. Jg., H. 10, 15. Mai 1936, Sp. 624–625

Diese Abhandlung[1] hat das große Verdienst, unsere Aufmerksamkeit auf einen Abschnitt der deutschen Verfassungsgeschichte zu lenken, der aus begreiflichen Gründen bisher vernachlässigt worden ist, obwohl er für die rechtswissenschaftliche Erkenntnis der deutschen Verfassungsgeschichte des 19. Jahrhunderts geradezu entscheidend ist: die Zeit des Rheinbundes 1806–1813. Der Verfasser gibt eine überaus anschauliche und lebendige Schilderung der Verfassung und Verwaltung eines typisch „neuen" Staates der napoleonischen Zeit. Er ist mit Recht der Ansicht, daß die Einwirkung dieses Beispiels stärker ist als man bisher im allgemeinen angenommen hat. Ich stimme ihm darin zu, wenn ich auch diese Einwirkung nicht immer in bestimmten einzelnen Einrichtungen erkenne, z. B. nicht glaube, daß der preußische Staatsrat von 1810 und 1817, wie W. (S. 44) meint, auf das westfälische Beispiel zurückgeht. Die Einwirkung liegt vielmehr darin, daß die napoleonischen Staatsgründungen, ebenso wie die napoleonische Monarchie selbst, das Urbild der „*konstitutionellen Monarchie*" sind. Dieser urliberale Begriff, den der Jude Stahl-Jolson den preußischen Konservativen als rettenden Gegenbegriff gegen die parlamentarische Monarchie aufschwätzte, hat seine wirkliche verfassungsgeschichtliche Wurzel in dem napoleonischen Vorbild. Zu der von W. (S. 20) aufgeworfenen Frage, warum die napoleonischen Verfassungen von „Konstitutionen" (in der Mehrzahl) sprechen, möchte ich darauf hinweisen, daß nach den damaligen Begriffen die verschiedenen, in Geltung befindlichen verfassungsändernden Senatus-Consulte „Konstitutionen" hießen, während der Grundrechtsteil nicht als Konstitution, sondern als pacte social aufgefaßt wurde, für den die Konstitutionen nur eine Ausführung bedeuteten. Daher leistete Napoleon I. im Jahre 1804 den kaiserlichen Eid nicht etwa auf die Verfassung, sondern auf bestimmte wichtige Punkte, z. B. Freiheit und Gleichheit, Konkordat und Unwiderruflichkeit des Verkaufs

[1] Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Leipzig 1936.

der nationalen Güter; daher wurde z. B. auch nicht etwa die ganze neue Konstitution (vom 18. Florial XII), sondern nur eine bestimmte Frage, nämlich die Erblichkeit der Kaiserwürde, dem französischen Volk zur Beantwortung im Plebiszit vorgelegt, weil das als ein neuer pacte social galt. In den deutschen Staatsgründungen fiel der pacte social unter den Tisch, und blieben nur noch die Konstitutionen übrig.

Außer für diesen Begriff der konstitutionellen Monarchie ist die Rheinbundzeit für die Begriffsbildung *Bundesstaat* als Gegenbegriff gegen *Staatenbund* von Bedeutung. Dieses bis zum Jahre 1933 das sog. föderalistische Problem beherrschende Gegensatzpaar stammt aus dem Staatsrecht des Rheinbundes. Im Rheinbund, im Deutschen Bund, im Zweiten Reich und noch in der Weimarer Verfassung lag der politische Sinn dieser Begriffsbildung darin, daß sich der Begriff *Bund* (gleichgültig, ob Staatenbund oder Bundesstaat) immer mit dem Begriff *Staat* gegen die politische Einheit des *Reiches* richtete. Bei wachsendem verfassungsgeschichtlichen Bewußtsein wird sich vielleicht auch im deutschen Staatsrecht die Erkenntnis durchsetzen, was die Begriffsbildung Staatenbund – Bundesstaat bedeutet.

Die dankenswerte Schrift von *Weidemann* wird dazu beitragen, daß das Verfassungsbild des 19. Jahrhunderts und die Nachwirkungen sowohl der national-liberalen wie der föderalistischen Begriffsbildungen überwunden werden und daß die in der neuen Studienordnung eingeführte Vorlesung „Verfassungsgeschichte“ ihren rechten Inhalt bekommt.

51. Die siebente Wandlung des Genfer Völkerbundes

Eine völkerrechtliche Folge der Vernichtung Abessiniens

Deutsche Juristen-Zeitung, 41. Jg., H. 13, 1. Juli 1936, Sp. 785–789

I.

Als Preußen im Jahre 1866 aufgrund einer „debellatio“ die Staaten Hannover, Kurhessen, Nassau und die Freie Stadt Frankfurt annektierte, bestand der Deutsche Bund, dem der Annektierende wie die Annektierten angehört hatten, nicht mehr. Die Auflösung des Bundes war selbstverständliche Voraussetzung dafür, daß eine solche Vernichtung der staatlichen Existenz völkerrechtlich möglich war. In keinem irgendwie gearteten Bund und in keiner auch nur bundesähnlichen Verbindung wäre die kriegerische Annexion eines Bundesmitglieds durch ein anderes denkbar, so lange der Bund besteht. In dem Bundesstaat Deutsches Reich, den Bismarck 1867 und 1871 geschaffen hatte, war auch der kleinste Mitgliedstaat seiner politischen Existenz sicher; er hätte nicht gegen seinen Willen vernichtet werden können, ohne daß der Bund selbst vernichtet worden wäre. Bismarck ging in dieser Garantie der Existenz so weit, daß er selbst bei den Versuchen einer Vereinigung von Waldeck mit Preußen überaus vorsichtig und zurückhaltend war. In gleicher Weise wäre z. B. die Schweizer Eidgenossenschaft nicht mehr identisch mit sich selbst, wenn auch nur die Möglichkeit anerkannt würde, daß der kleinste Kanton von einem anderen durch eine debellatio vernichtet und annektiert werden könnte. Die Existenzgarantie ist eben ein Lebensgesetz jedes echten Bundes, sei er Bundesstaat, Staatenbund oder irgendeine bundesähnliche Verbindung. Eine solche Garantie kann aber nicht beliebig gemacht werden, sondern setzt ein Mindestmaß von Artgleichheit, von Homogenität voraus. Ohne das ist sie eine leere Fiktion.

Das Schicksal Abessiniens hat diese Kernfrage jedes Bundes – *Existenzgarantie auf der Grundlage einer Homogenität* – mit aller Klarheit enthüllt, nachdem 16 Jahre krampfhaft festgehaltener Fiktionen den Blick für das völkerrechtlich Wesentliche verwirrt hatten. Das Reich des Negus war in aller Form Mitglied der Genfer Sozietät und im vollen Besitz aller Garantien der Völkerbundsatzung. Wenn nun ein Bundesmitglied durch ein anderes vernichtet und annektiert werden kann, so ist entweder der Bund gesprengt

oder aber bewiesen, daß er niemals bestanden hat. In Wahrheit hat die Genfer Kombination den Namen eines Bundes, einer Sozietät oder Liga im Sinne einer politischen Vereinigung nur insofern verdient, als sie den Versuch machte, die Weltkriegskoalition fortzusetzen und darin auch die im Weltkrieg neutralen Staaten einzubeziehen. Im übrigen fehlte jeder konstruktive Gedanke, jede Gemeinschaftssubstanz, daher auch jede politische Folgerichtigkeit und jede Identität und Kontinuität im rechtlichen Sinne.

Der politische Inhalt des Genfer Völkerbundes hat oft gewechselt, und die unter Beibehaltung derselben Etikette weitergeführte Genfer Veranstaltung hat sich in den letzten 16 Jahren mindestens sechsmal in ein politisches und daher auch völkerrechtliches aliud verwandelt. Denn es versteht sich von selbst, daß ein Bund und jede andere völkerrechtlich-politische Verbindung sich ändert, wenn Großmächte mit maßgebendem Einfluß hinzutreten oder sich entfernen und dadurch die Substanz, der Geist und der Sinn der politischen Gemeinschaft sich wesentlich wandelt. Der erste ursprüngliche Völkerbund, der den heute noch maßgebenden Formulierungen der Satzung zugrunde liegt, war aus Wilsons Geist geboren; zu ihm hätte wesentlich gehört, daß die Vereinigten Staaten von Amerika eines der führenden Mitglieder geworden wären. Dadurch, daß sie nicht beitraten, entstand 1920 der zweite Völkerbund, der von den vier alliierten Hauptmächten, also der Fortsetzung der Entente, als ständigen Ratsmitgliedem geführt wurde. Mit dem Eintritt Deutschlands hätte der Genfer Völkerbund zum dritten Mal ein aliud werden müssen. 1933 traten Japan und kurz nachher das Deutsche Reich aus. Darin lag die vierte und die fünfte Änderung der politischen Substanz. Als dann ein so heterogener riesiger neuer Partner wie die Sowjet-Union eintrat und ständiges Ratsmitglied wurde, war der sechste Genfer Völkerbund entstanden. Nunmehr ist der Völkerbund durch die Vernichtung Abessiniens und durch die Haltung Italiens in eine völlig neue Lage gebracht, in der er, solange man überhaupt noch von ihm sprechen kann, als der *siebente* Genfer Völkerbund erscheint.

Keine wirkliche Gemeinschaft der Welt könnte bei einem solchen Aus- und Eintreten verschiedenartigster Mitglieder bestehen. Dieses Kommen und Gehen erinnert eher an ein Hotel als an einen Bund oder an irgendeine dauernde politische Ordnung oder Gemeinschaft. Wie soll dieser wechselnde Kompromiß wechselnder Mächte im Ernst den Frieden Europas oder gar der Erde gewährleisten können? Was kann eine solche bloße Konferenzgelegenheit an politischem Inhalt tragen? Wie will sie Hüter der Mandate, Garant der Danziger Verfassung oder irgend etwas anderes politisch Beachtliches sein? Eine merkwürdige „Gesellschaft“, in der man Mitglied sein und doch einem anderen Mitglied in aller Form die Anerkennung versagen kann, wie das z. B. Jugoslawien und die Schweiz gegenüber der Sowjet-Union tun, die als ständiges Ratsmitglied sogar ein führendes Mitglied ist. In keinem noch so unpo-

litischen Klub ist etwas derartiges rechtlich denkbar. Und jetzt hat ein Völkerbundsmitglied ein anderes vernichtet, und der Völkerbund soll weitergehen, als sei er immer noch mit sich identisch.

II.

Die italienische Regierung hat von Anfang des abessinischen Konfliktes an eine juristisch klare Position bezogen, indem sie die Frage nach der Homogenität Abessiniens stellte. Sie hat dem Reich des Negus die zivilisatorische Homogenität bestritten, sie hat den Negus nicht als ein Staatsoberhaupt, sondern als einen Häuptling mit einer höchst problematischen Feudalmacht über barbarische Stämme aufgefaßt, der überhaupt kein Mitglied der allgemeinen Völkerrechtsgemeinschaft, viel weniger Mitglied eines Völkerbundes sein könnte; seine Mitgliedschaft war danach ein Irrtum oder ein Betrug.

Das Problem der Homogenität des Bundes war damit in aller Schärfe gestellt. In der Sitzung des Völkerbundsrates vom 5. Sept. 1935 hat Professor *Jeze,* als Vertreter des Negus, sich erlaubt, die Zivilisation dieses Negusreiches der eines faschistischen Staates entgegenzustellen und die Staaten mit militärischer Jugenderziehung als unzivilisierte Staaten zu disqualifizieren. Ein tiefer Gegensatz der Weltanschauungen trat hier zutage. Die italienische These war radikal und folgerichtig; sie berührte die Kernfrage jedes Völkerbundes, aber Abessinien war nun einmal in aller Form Mitglied des Genfer Völkerbundes geworden. Die italienische Regierung selbst hatte im Sommer 1923 gegen den Protest Englands mit Frankreich für die Zulassung Abessiniens gestimmt. Diese formale Schwierigkeit ermöglichte es, solange Abessinien bestand, die Frage als eine „rein juristische“ Angelegenheit zu behandeln und die Kernfrage, das Problem der Homogenität, zu vermeiden. Nach der Vernichtung Abessiniens ist das nicht mehr möglich. Jetzt erhebt sich unvermeidlich wieder einmal die Frage nach der politischen Substanz des Völkerbundes und der Homogenität der in ihm vereinigten Völker.

III.

Es liegt uns fern, uns in eine italienische Angelegenheit einzumischen, aber es ist sowohl für die völkerrechtliche Beurteilung der neuen Lage wie auch für die Entwicklung eines europäischen Völkerrechts von großer Tragweite, wie die italienische Rechtswissenschaft den italienischen Rechtstitel auf das Kaisertum Äthiopien konstruiert. Ein berühmter Jurist des italienischen öffentlichen Rechts, *Santi Romano,* der Präsident des italienischen Staatsrates, stützt den Erwerb Abessiniens auf eine debellatio, d. h. auf die vollständige und endgültige Vernichtung der gesamten staatlichen Macht und

Existenz des Gegners. Die Annexion Hannovers durch Preußen, die Eingliederung der italienischen Staaten in das Königreich Sardinien, die Eroberung der Burenstaaten durch England im Jahre 1902 sind Beispiele solcher Debellationen.

Die debellatio ist also an sich ein anerkannter Rechtstitel des Völkerrechts. Im Mai-Heft seiner Zeitschrift „Lo Stato" ist aber *Carlo Costamagna* dieser Konstruktion entgegengetreten. Er nimmt einen ursprünglichen, originären, nicht einen abgeleiteten, derivativen, Rechtstitel Italiens in Anspruch. Nun ist eine debellatio natürlich auch ein originärer Rechtstitel in dem Sinne, daß der Rechtserwerb vom Willen des Vorbesitzers unabhängig ist. Dagegen ist er abgeleitet, insofern der neue Machthaber im Wege einer „Staatensukzession" in die völkerrechtliche Stellung des früheren Machthabers eintritt. *Costamagna* kommt es aber darauf an, daß der italienische Kaiser von Äthiopien etwas anderes ist als ein Nachfolger des „Löwen von Juda". Er protestiert dagegen, daß das bisherige Abessinien ein gleichberechtigtes Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft war, und macht in folgerichtiger Weiterführung des bisherigen italienischen Standpunktes geltend, daß der Besitz des Negus weder das ethisch-rechtliche noch das organisatorische Minimum aufwies, ohne das wir nicht von einem Staat und daher einem tauglichen Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft sprechen können. Man kann verstehen, daß das für einen Faschisten eine entscheidende Frage ist, und man wird dem mutigen Aufsatz *Costamagnas* die juristische Logik nicht absprechen.

Costamagna sagt, das faschistische Italien gehöre zwar zum Genfer Völkerbund, aber nur „materialmente e non spiritualmente". Die Frage nach dem „Geist" des Genfer Völkerbundes ist in der Tat praktisch und politisch von größter Bedeutung. Sie gehört ebenfalls zu der Frage nach der Substanz und der Homogenität der Gemeinschaft. Was aber ist heute der Geist des Genfer Bundes? Sind es die Reste Wilsonscher Liberaldemokratie in dem Sinne, wie noch auf der 13. Generalversammlung der Schweizerischen Vereinigung für den Völkerbund (7. Mai 1934) Professor *Rappard* eine bewußte Verbindung der Völkerbundspropaganda mit der Verteidigung liberaldemokratischer Ideen forderte? Oder hat die Sowjet-Union dem Bund einen neuen und zwar den bolschewistischen Geist der Weltrevolution eingeflößt? Auch hier fehlt der Genfer Veranstaltung jede Identität und Kontinuität. Höchstens könnte man sagen, daß ein bodenloser Relativismus aus der Abwesenheit jedes echten Geistes die Tugend des Universalismus machen möchte. Aber eine von solchem Geist getragene Gesellschaft ist, wie das Schicksal Abessiniens zeigt, schließlich nicht einmal mehr imstande, Mitglieder und Nichtmitglieder, viel weniger Freund und Feind von sich aus zu unterscheiden. Ein solcher „Geist" führt nur zu politischen, moralischen und juristischen Absurditäten.

Das bisherige substanzlose System innerer Widersprüche war keiner Kontinuität und daher auch keiner juristischen Logik fähig. Ein echter Bund europäischer Völker kann sich nur auf die Anerkennung der völkischen Substanz gründen und von der nationalen und völkischen Verwandtschaft dieser europäischen Völker ausgehen. Wenn der Führer und Reichskanzler Adolf Hitler noch in seiner großen Reichstagsrede vom 7. März 1936 die europäischen Nationen als eine „Familie" und Europa als ein „Haus" bezeichnet hat, so handelt es sich hier nicht um irgendeine der auch früher vorkommenden Redewendungen von der „famille des nations", sondern um die bewußte Fundierung einer neuen europäischen Ordnung auf den Geist der Gemeinschaft und Verwandtschaft der europäischen Völker. Nur in einer solchen konkreten Ordnung finden die einzelnen Nationen eine echte Garantie ihrer politischen Existenz.

52. Die nationalsozialistische Gesetzgebung und der Vorbehalt des „ordre public" im Internationalen Privatrecht*

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 3. Jg., H. 4, Februar 1936, S. 204–211

Ich möchte meinem Vortrag, der ein sehr schwieriges und kompliziertes Thema behandelt, ein Wort voranschicken, das Sie als *captatio benevolentiae* auffassen wollen, und das Sie als Sachkenner dieses schwierigen Gebietes ohne weiteres begreiflich finden werden: ich spreche hier als Jurist zu Juristen. Als wissenschaftlicher Jurist spreche ich in voller wissenschaftlicher Freiheit; ich spreche nicht in einem amtlichen Auftrag, aber ich empfinde die große Verantwortung, die in der Behandlung eines derartig vielseitigen juristischen Problems liegt.

Über die Schwierigkeiten brauche ich mich nicht lange zu verbreiten; jeder Sachkundige kennt sie. Sie liegen schon in der Natur eines solchen Sachgebietes und in einer solchen Materie selbst. Denn wenn die Anwendung ausländischen Rechts bei international gelagerten Tatbeständen in Frage steht, kommen nicht nur die Verschiedenheiten der positiven Gesetzgebungen der verschiedenen Staaten zum Zuge, sondern auch die Verschiedenheit der Kollisionsnormen, nach denen sich die Anwendung des einen oder des anderen Rechtssatzes bestimmt; ferner aber auch die Verschiedenheiten der Prinzipien, die sowohl den positiven Gesetzgebungen wie auch den positiven Kollisionsnormen der verschiedenen Staaten zugrunde liegen, Grundsätze der ethischen, moralischen, weltanschaulichen, religiösen Grundhaltung, wie sie sich gerade auf unserem Gebiet außerordentlich stark zur Geltung bringen. Der Gegenstand meines Vortrags enthält in sich selber bereits eine spezifische Art von Schwierigkeit. Im Anschluß an einen ausgezeichneten Aufsatz von Bartin aus dem Jahre 1899[1] läßt sich diese Seite des Problems am besten folgendermaßen kennzeichnen: Das internationale Privatrecht setzt einerseits Verschiedenheit der Gesetze voraus; es käme ja überhaupt nicht zu einer Kollision von Normen, wenn diese Normen nicht verschieden wären. Andererseits gehört zu einem internationalen Privatrecht doch im Grunde auch wieder eine gewisse Übereinstimmung und Verwandtschaft der kollidieren-

---

* Vortrag, gehalten anläßlich der Sitzung der International Law Association am 28. Nov. 1935 in Berlin.

[1] Les dispositions d'ordre public. Etudes de droit international privé. Paris 1899.

den Normen und Begriffe; denn wenn die Normen ihrem Inhalt nach völlig disparat wären, wenn sie beziehungslos nebeneinander ständen, wäre ein diese Normenkollisionen ordnendes internationales Privatrecht wiederum nicht möglich. So ist es nur ein bestimmter Zwischenraum, in dem eine Materie wie unser internationales Privatrecht überhaupt denkbar ist und seine Auswirkungen stattfinden können.

Das sind aber nur die allgemeinen, in der Natur des internationalen Privatrechts selbst gegebenen Schwierigkeiten. Die Schwierigkeiten steigern sich noch ins Unabsehbare, wenn der sog. „Vorbehalt des *ordre public*“ oder der „*public policy*“, oder der „Vorbehalt der guten Sitten“, wie wir im Anschluß an Art. 30 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch formulieren können, zur Anwendung kommt. Dieser berühmte Vorbehalt des *ordre public*, der in Theorie und Praxis außerordentlich verschieden gehandhabt wird, droht das mühsam errichtete Gebäude des internationalen Privatrechts immer wieder zu erschüttern. Denn die Berufung auf die guten Sitten und die Grundprinzipien der eigenen Rechtsordnung gegenüber abweichenden Prinzipien der ausländischen Rechtsordnung birgt die Gefahr gegenseitiger moralischer Disqualifizierung in sich, die Gefahr prinzipieller Rechthaberei und Schulmeisterei gegenüber dem ausländischen Recht, eines gegenseitigen Anathemas, bei dem schließlich das IPR. in einer Sackgasse endet. So kann man es verstehen, daß gerade in den letzten Jahrzehnten gegen diesen Vorbehalt des *ordre public* überall nicht nur die heftigsten Bedenken, sondern geradezu Beschimpfungen laut geworden sind. Auf der 7. Jahresversammlung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Wiesbaden, 1926, hat Professor Lewald in seinem Referat daran erinnert, wie sehr die wissenschaftliche Literatur des internationalen Privatrechts in starken Wendungen gegen den Gedanken des *ordre public* im IPR. geeifert hat. Man hat von der „Guillotine“ des *ordre public* gesprochen, man stellte den Gedanken als einen Ausfluß der „*vanité nationale*“ und als Triumph eines „juristischen Chauvinismus“ hin, man sprach von der Unterwühlung des Bodens des IPR. und von einer Eselsbrücke; von einer „Sphinx“ oder auch davon, daß dieser *ordre public* der „Wurm im Gehölz des internationalen Privatrechts sei“. Ich könnte hier noch viele solcher schönen Formulierungen zitieren, aber die genannten Beispiele zeigen wohl schon zur Genüge, daß wir uns hier an einem rechtswissenschaftlich besonders interessanten Punkte befinden, an denen auch sonst trockene und abstrakte Juristen plötzlich phantasievoll werden und sich einer bilderreichen Sprache bedienen.

So steht es mit unserem Problem im allgemeinen. Wenn es sich nun nicht nur um die Kollision einfacher Normen und alltäglicher Rechtsinstitute handelt, sondern große und neue Prinzipien aufeinanderstoßen, dann werden die Gegensätze natürlich noch lebhafter und energischer und die Gefahr, daß der Gedanke eines internationalen Privatrechts überhaupt scheitert, wird größer.

Das bisherige Schulbeispiel der Polygamie empfanden wir kaum als solche Gefahr; ich will es hier nur in Erinnerung bringen. Dagegen haben wir im Laufe des letzten Jahrhunderts einen andern großen Weltanschauungskampf in der Spiegelung der Probleme des internationalen Privatrechts erlebt, nämlich die Kollisionen, zu denen rein kirchlich aufgefaßtes mit einem weltlich aufgefaßten Eherecht fortwährend führt. Ich erinnere hier an den berühmten Fall der Kollision des österreichischen Eherechts oder der Gesetzgebung orthodoxer Staaten auf Gebieten des kirchlichen Ehe- und Familienrechts mit dem prinzipiell weltlichen Eherecht anderer Länder, wobei die französische Praxis unter Berufung auf den *ordre public*, auf die Ideen von 1789 und auf einen grundsätzlichen Laizismus die weltanschauliche Seite der Frage besonders betont hat. Die Nichtbeachtung kirchlicher Eheverbote für Geistliche oder die Nichtbeachtung der religiösen Vorstellungen von der Unauflöslichkeit der Ehe sind Beispiele der Durchsetzung eines weltlichen gegenüber einem kirchlichen Eherecht. An diese große weltanschauliche Prinzipien-Kollision möchte ich hier mit einem Wort erinnern, um die Besonderheiten unseres Problems – Einwirkung der nationalsozialistischen Gesetzgebung auf Fragen des IPR. – deutlicher zu machen.

I.

Mit der nationalsozialistischen Gesetzgebung tritt ein neues weltanschauliches Prinzip in der Gesetzgebung eines europäischen Landes auf. Es ist ganz selbstverständlich, daß hier, und zwar vor allem in der nationalsozialistischen *Rassengesetzgebung*, der eigentliche Brennpunkt unserer Frage liegt. Hier stößt eine von dem Gedanken der Rasse getragene Gesetzgebung auf die Gesetze anderer Länder, die ebenso grundsätzlich rassische Unterscheidungen nicht kennen oder sogar ablehnen. In einem solchen Augenblick kann die Handhabung des *ordre public* zu radikalen Übertreibungen und demonstrativen Entgegensetzungen führen, die dann allerdings die vorhin zitierten Verdammungsurteile über den *ordre public* in weitem Maße rechtfertigen würden.

Das ist die Kernfrage meines Vortrags. Ich darf hoffen, daß jeder es gelten lassen und angesichts des ungeheuren Gebiets der nationalsozialistischen Gesetzgebung der letzten Jahre sogar billigen wird, wenn ich mich auf diese Kollisionen beschränke, die sich aus einer vom Gedanken der Rasse getragenen Gesetzgebung gegenüber rassisch nicht unterscheidenden Gesetzen anderer Länder ergeben. Ich lasse viele andere neue Einrichtungen des nationalsozialistischen Rechtes, z. B. das ständische Recht und das Erbhofrecht beiseite. Auch hier ergeben sich interessante neue Fragen, wie immer, wenn neue Rechtseinrichtungen entstehen. Ich glaube aber nicht, daß diese Fragen weltanschaulich so unmittelbar grundsätzlich wirken, daß sie sich nicht an der Hand früherer Gedanken und Präzedenzfälle leicht in Ordnung und Harmonie

mit anderen Auffassungen bringen ließen. Ferner lasse ich alle nur *schuld- und obligationsrechtlichen Beziehungen* beiseite, obwohl auch sie heute besonders viele Probleme auswerfen und mancher Hörer vielleicht enttäuscht ist, darüber nichts zu vernehmen. Es handelt sich aber bei den schuld- und obligationsrechtlichen Beziehungen insbesondere des internationalen Handels- und Marktverkehrs um eine mehr formale und neutrale Seite unserer Kollisionsnormen. Diese Rechtsfragen sind ganz anders gelagert als die hier hauptsächlich interessierenden rasserechtlichen Fragen und nach ihrer internationalprivatrechtlichen Seite auch von unserer neuen Gesetzgebung relativ unabhängig. Der schuldrechtliche Teil des internationalen Privatrechts ist nämlich, zum Unterschied von einem anderen Teil, in der Tat besonders „neutral“. Man hat gesagt, daß die Normen des internationalen Privatrechts, weil sie bloße Kollisionsnormen sind, überhaupt von dem Inhalt der kollidierenden Normen unabhängig seien. In dieser Allgemeinheit halte ich das für eine Überspitzung und glaube, daß es abstraktester Normativismus wäre, die Kollisionsnormen und das System des internationalen Privatrechts im ganzen nur für ein Blankett zu halten, infolgedessen es gleichgültig wäre, welchen Inhalt die kollidierenden Normen haben, weil die Kollisionsnormen als solche ihre eigene selbständige Logik hätten. Das kann für schuldrechtliche Beziehungen in weitem Maße zutreffen, keineswegs aber für kollidierende Institutionen wie diejenigen des Eherechts. Hier würde sich eine von dem Inhalt der kollidierenden Normen losgelöste, abstrakte Isolierung der Kollisionsnormen rächen und zu ungerechten Ergebnissen führen. Aber eine Beiseitelassung der schuldrechtlichen Fragen des internationalen Handels- und Marktverkehrs läßt sich damit begründen, daß hier kein spezifisch neues Problem entstanden ist.

Insbesondere gilt das für die *Devisengesetzgebung*. Jedes Land kann in die Lage kommen, im Notfall gewisse Kampf- oder Verteidigungsmaßnahmen auf diesem Gebiete zu ergreifen. In einer kritischen Lage wird hier, wenigstens bei nicht-bolschewistischen Ländern, kein Unterschied zwischen den Ländern verschiedener Weltanschanung sein. Hier tritt nicht die spezifisch weltanschauliche Prinzipienkollision ein, wie sie sich hauptsächlich mit dem Auftreten der neuen rassischen Gedankenwelt ergibt. Ich bedauere es außerordentlich, daß eine neulich ergangene Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts unter Berufung auf den Schweizer *ordre public* die Anwendung der deutschen Devisengesetzgebung abgelehnt und einem deutschen Kaufmann nicht erlaubt hat, seine schweizerischen Verpflichtungen durch Zahlung auf Kreditsperrkonto zu erfüllen. Aber diese Anwendung des *ordre public* könnte sich auch gegenüber einer italienischen, österreichischen oder sonstigen Devisengesetzgebung ergeben, ohne daß im speziellen Sinne eine Folgewirkung gerade der neuen nationalsozialistischen Weltanschauung, eine echte Prinzipienkollision vorläge.

Deshalb ist es wohl gerechtfertigt, daß ich mich hier auf die *Rassen*- und insbesondere auf die *Ehe*gesetzgebung beschränke. An der Hand dieser Gesetzgebung und der Betrachtung einiger typischer Tatbestände läßt sich meiner Ansicht nach ein sicheres Urteil über den Gesamtcharakter unserer neuen nationalsozialistischen Gesetzgebung im Hinblick auf ihre Einwirkung auf das internationale Privatrecht geben. Hier läßt sich auch der so außerordentlich aufregende Gegensatz einer grundsätzlich rassischen und einer grundsätzlich nichtrassischen Auffassung von Ehe, Familie, Volk am besten klarmachen. Die Fragen, die aus dem großen Kreis der mit dem allgemeinen Titel bezeichneten Fragen herausgehoben werden soll, sind in doppelter Hinsicht gekennzeichnet. Einmal dadurch, daß hier das positive deutsche Recht die *Unterscheidung von staatsangehörigen Juden und deutschen Staatsangehörigen* macht; das ist ein wesentlicher Punkt unserer Rassengesetzgebung, insbesondere des Reichsgesetzes vom 15. September 1935 zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre. Dann aber hat unser spezieller Fragenbereich noch eine weitere Besonderheit gegenüber den ausgeschiedenen Fragen darin, daß es sich um Einwirkungen auf eigentliche *Statusfragen* handelt, nicht um einzelne schuldrechtliche Beziehungen, sondern um den Personalstatus des einzelnen Staatsangehörigen, um Ehe und Familie als Institutionen, um das Volk als die Einheit im Ganzen. Durch diese doppelte Kennzeichnung dürfte die besondere Behandlung gerade dieses Fragenbereiches gerechtfertigt sein.

Gegenüber dieser eigentlichen Rassengesetzgebung und den damit verbundenen Statusfragen liegen zwei bestimmte Fehler und Irrtümer nahe; die Neigung zu einer dem Wesen des nationalsozialistischen Rechtsdenkens widersprechenden abstrakten *Radikalisierung*, und die Gefahr einer den spezifisch völkischen Charakter unserer Rassengesetzgebung verkennenden *Bagatellisierung*. Es ist mir in Gesprächen wie auch bei manchen Zeitungsartikeln aufgefallen, daß man versucht, das Auftreten des neuen nationalsozialistischen Rechtsdenkens im internationalen Rechtsleben mit dem Auftreten der bolschewistischen Gesetzgebung seit 1919 zu vergleichen. Auch damals, als die Beziehungen zwischen der Sowjet-Union und anderen Ländern aufgenommen wurden, erhoben sich schwierige, geradezu unlösbare Fragen, insbesondere die Frage, wie weit Rechtseinrichtungen wie Eigentum, Ehe, Familie im Sinne des Sowjetrechtes überhaupt den analogen Begriffen des Rechtes der übrigen nicht kommunistisch-bolschewistischen Völker entsprechen. Hierüber hat Bartin eine ausgezeichnete Abhandlung veröffentlicht. Für Deutschland haben wir auf einem besonders schwierigen Gebiet die Frage durch eine besondere vertragliche Regelung, nämlich durch die Nachlaßkonvention vom 12. Oktober 1925, geregelt und das Problem des *ordre public* durch eine positive Regelung umgangen. Aber es läßt sich denken, zu welchen schlimmen Zusammenstößen es gekommen wäre, wenn bolschewisti-

sche Gesetze mit den Gesetzen nichtbolschewistischer Staaten in offene Kollision gerieten, die von jeder Seite unter Berufung auf den *ordre public* beantwortet würde. Gegenüber dieser für manchen ausländischen Beurteiler der nationalsozialistischen Gesetzgebung vielleicht naheliegenden Parallele mit der bolschewistischen Gesetzgebung möchte ich die Eigenart der nationalsozialistischen Gesetzgebung gerade im Hinblick auf die Fragen des Internationalen Privatrechts nach zwei Richtungen hin hervorheben.

Zum ersten: Das nationalsozialistische Recht ist kein welt- und menschheitumfassendes Recht und will es nicht sein. Das ist eine Hauptverschiedenheit gegenüber dem bolschewistischen Recht. Es ist *nicht universal, nicht international, nicht imperialistisch, nicht agressiv*. Es ist nicht das Recht einer weltrevolutionären Klasse. Es behauptet nicht, die fortgeschrittenste Stufe des Rechts der ganzen Menschheit zu sein, die – nötigenfalls mit Gewalt – allen übrigen Staaten aufgezwungen werden müßten. Unser Recht ist ein *völkisches* Recht. Gerade dadurch, daß es den völkischen Charakter der eigenen wie jeder anderen Rechtsordnung herausstellt, kehrt es zu der einzig möglichen Grundlage jedes denkbaren internationalen Rechts und auch jedes denkbaren internationalen Privatrechtes zurück, nämlich zu dem *Grundsatz der gegenseitigen Achtung und des gegenseitigen Respekts der Eigenart der Völker*. Das nationalsozialistische Recht maßt sich also nicht an, zu bestimmen, wer Engländer, Franzose oder Japaner ist; wohl aber besteht es darauf, daß die Bestimmung dessen, was *deutsch* ist, was deutsche Substanz ist, und was zum Schutze des deutschen Blutes notwendig ist, soweit deutsche Staatsangehörige in Betracht kommen, *Sache des deutschen Volkes selber* ist und bleibt. Dieser erste im Gegensatz zu dem imperialistischen, menschheitsumfassenden, aggressiven Charakters des bolschewistischen Rechtsdenkens durchaus defensive völkische Charakter ist das erste Kennzeichen unserer nationalsozialistischen Gesetzgebung. Dadurch wird jede Übertragung und jede Parallele der in den Jahren 1920 auftauchenden Gedanken über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der bolschewistischen Gesetzgebung mit der Gesetzgebung der übrigen Länder grundsätzlich hinfällig.

Die nationalsozialistische Gesetzgebung sucht nicht, wie die bolschewistische Gesetzgebung, aus irgendeiner richtigen oder falschen Ideologie heraus die überlieferten europäischen Einrichtungen – Ehe, Familie, Eigen und Erbe – aufzuheben und zu zerstören. Sie will sie nicht geschichtlich überwinden, sondern im Gegenteil aus Verfall und Entartung wiederherstellen und sichern. Lebensordnungen, die allen europäischen Völkern gemeinsam sind, Institutionen wie Ehe, Familie und Haus sollen wieder rein, gesund und echt werden. Infolgedessen ist die *ratio legis*, die gesetzgeberische Behandlung insbesondere der Ehe im nationalsozialistischen Recht gegenüber der Behandlung der Ehe im bolschewistischen Recht durchaus verschieden und nicht miteinander vergleichbar.

So ist unsere gesamte Haltung auch in Fragen des *ordre public* eine andere, als es vielleicht auf den ersten Blick scheinen möchte. Ich glaube sogar, daß wir in unserer Handhabung des *ordre public* jetzt besonders großzügig sein können. Da wir wieder echte Unterscheidungen und tiefe Prinzipien haben, brauchen wir die vielen kleinlichen, aus unserm interterritorialen Privatrecht des 19. Jahrhunderts überlieferten Versteifungen des *ordre public* nicht weiterzuführen. Wenn die Gerichte gegenüber einer jüdischen Ehe, die nach den Regeln des internationalen Privatrechts den Bestimmungen des jüdischen Gesetzes, dem Schulchan Aruch untersteht, bisher den Standpunkt einnahmen, daß die überaus leichte Ehescheidung des Schulchan Aruch, die es dem Ehemanne ermöglicht, die Ehe durch Überreichung des Scheidebriefes zu scheiden, nicht dem sittlichen Empfinden des deutschen Volkes entspreche, und unter Berufung auf unseren *ordre public* die Anwendung solcher Bestimmungen in Deutschland ablehnen, so glaube ich, daß heute wahrscheinlich die meisten nationalsozialistischen Juristen ohne weiteres anders urteilen würden; sie würden wahrscheinlich erklären, daß sie sich in interne Angelegenheiten des jüdischen Rechtes nicht einmischen. Es handelt sich hier selbstverständlich nicht um die Frage, ob die deutschen Staatsangehörigen jüdischen Blutes unter dem Recht des Schulchan Aruch stehen, sondern darum, daß in einem solchen Falle der Anwendung fremden Rechts unser Desinteressement gegenüber einem fremden Recht stärker wird, und infolgedessen manche Verwendung des *ordre public*, die früher bei uns üblich war, jetzt entfallen kann. Das gilt, um ein anderes Beispiel zu geben, auch für den Grundsatz des § 762 BGB., nach dem Spielschulden nicht klagbar sind. Wenn etwa ein Engländer – nach englischem Recht sind Spielschulden unter gewissen Voraussetzungen klagbar – einen Landsmann vor einem deutschen Gericht auf Zahlung aus einer in England entstandenen Spielschuld verklagt, müßte m. E. das deutsche Gericht nicht mehr, wie bisher, unter Berufung auf den deutschen *ordre public* die Klage ablehnen, weil nach deutscher sittlicher Auffassung und nach § 762 BGB. Spielschulden nicht klagbar seien. Solche Fälle des *ordre public* können gerade deshalb, weil wir wieder große, echte, prinzipienhafte Unterscheidungen haben, heute anders und entgegenkommender beurteilt werden. Das Auftreten eines großen Prinzips hilft uns Übertreibungen und Rechthabereien – Nachwirkungen teils aus der territorialen Rechtszersplitterung des Deutschen Reiches, teils aus einer engherzig staatlichen entwickelten Auffassung vom *ordre public* – zu überwinden.

Eine Parallele mit bolschewistischen Rechtsgedanken lehnen wir also ab. Ich habe sie erwähnt, um die vielfach verkannte Eigenart des nationalsozialistischen Rechtsdenkens und der neuen nationalsozialistischen Gesetzgebung um so deutlicher hervortreten zu lassen. Aber das darf auf einer anderen Seite nicht dazu führen, daß das neue deutsche Rassenrecht nicht in seiner ganzen Tiefe erkannt wird. Es ist nicht etwa so, als hätte sich, weil wir uns zum

Unterschied vom Bolschewismus in den Kreis der europäischen Völker und ihrer altarischen Lebensordnung – Ehe, Familie, Eigen und Erbe – einfügen, sozusagen nichts Wesentliches geändert. Insbesondere würde ich es für unrichtig halten, wenn Fälle und Argumente, die sich infolge der Prinzipienkollision zwischen kirchlichem und weltlichem Eherecht ergeben haben, international-privatrechtlich unbesehen auf unsere Rassengesetzgebung übertragen würden. Es wäre unrecht, den großen neuen Gedanken des nationalsozialistischen Rechtsdenkens, den Rassegedanken, in dieser Weise mit Hilfe formaler und neutraler Kategorien des internationalen Privatrechts zu relativieren und seines spezifischen Gewichts zu berauben, indem man erklärte: wir kennen aus dem internationalen Privatrecht Eheverbote aller Art, z.B. das Eheverbot des kirchlichen Rechtes wegen geistlicher Gelübde; wir haben viele Präzedenzfälle, in denen das kirchliche Eherecht mit dem weltlichen Eherecht kollidiert und in denen sich das weltliche Eherecht unter Berufung auf den *ordre public* über solche an sich zum Zuge kommenden Eheverbote fremder Gesetzgebungen hinweggesetzt hat, und die sich auch bei rassischen Eheverboten verwenden lassen.

Gegenüber solchen Gedankengängen ist es notwendig, sich der Eigenart des Rassegedankens unserer Gesetzgebung bewußt zu bleiben und sich der großen Verschiedenheit kirchlicher und rassischer Eheverbote zu erinnern. Wenn beispielsweise das von der weltlichen Gesetzgebung übernommene oder anerkannte kirchliche Recht eines Landes die kirchliche Eheschließung vorschreibt und die weltliche Eheschließung vielleicht sogar verbietet, so ist damit nicht beabsichtigt, eine bestimmte Art Ehe zu verhindern, sondern nur ein bestimmter Weg zu einer vom Recht durchaus gebilligten Ehe vorgeschrieben. Infolgedessen lassen sich die zahlreichen Präzedenzfälle, in denen die Behörden eines Staates sich über solche Vorschriften der kirchlichen Gesetzgebung hinweggesetzt haben, nicht gegenüber der rassegesetzlichen Eheverbote verwenden, da Sinn, Zweck und Ratio des rassegesetzlichen Eheverbots nicht darin besteht, der Eheschließung einen bestimmten Weg vorzuschreiben, sondern eine inhaltlich und qualitätsmäßig bestimmte Art von Ehe zu verhindern, andere Arten von Ehen dagegen zu fördern. Aber auch die eigentlichen Eheverbote aus geistlichen Gründen lassen sich nicht ohne weiteres als Präzedenzfälle für rassische Eheverbote übertragen. Wenn die Gesetzgebung eines Staates einem katholischen Kleriker aus religiösen und kirchlichen Gründen die Ehe verbietet, so will sie damit einen zölibatären Stand schützen. Sie hat nicht den Schutz der Ehe als solcher im Auge, und noch weniger stellt sie ihre Regelung unter den Gesichtspunkt des Nachwuchses, wie das bei der Rassenehegesetzgebung und der ehegesundheitlichen Gesetzgebung der Fall ist. Solche kirchlich-religiösen Eheverbote sind in ihrer Grundhaltung der Institution der Ehe von rassischen Eheverboten so wesentlich verschieden, daß es ein Unrecht wäre, unter Berufung auf den

formalen und neutralen Charakter des internationalen Rechts die Regelung der Fälle geistlicher Ehehindernisse auf rassische Ehehindernisse einfach zu übertragen. Es muß also sowohl eine internationalistische Radikalisierung im Stile bolschewistischer Ideen, wie auch eine unterschiedslose Übertragung früherer, den spezifisch rassegedanklichen Erwägungen fremder Vorgänge, Lehrmeinungen oder Theorien des internationalen Privatrechts vermieden werden.

II.

Diese Grundsätze darf ich jetzt an einigen *Beispielen* veranschaulichen. Ich appelliere auch hier an die Sachkenner und bitte um ihre Nachsicht. Wer die Materie kennt, weiß, daß es nicht möglich ist, sie vollständig zu erschöpfen, weil unzählige Variationen denkbar sind. Für diesen kurzen Vortrag muß ich mich damit begnügen, das einfachste Schema typischer Fälle zu geben und daran den nationalsozialistischen Standpunkt klar und einfach zu bestimmen. Sobald die Grundhaltung der nationalsozialistischen Gesetzgebung in der Frage des internationalen Privatrechts klar ist, wird es nicht schwer sein, Mißverständnisse zu überwinden und sich zu verständigen.

1. Ich gehe zunächst von der Handhabung des *deutschen ordre public* aus, spreche also davon, welche Handhabung eines nationalsozialistisch bestimmten sogenannten *ordre public*, der guten Sitten oder wie man es sonst nennen will, sich gegenüber einer, nach den Grundsätzen des IPR. zum Zuge kommenden ausländischen Gesetzgebung ergibt. Wie ich schon andeutete, werden wir in vielen Fragen des *ordre public* wieder großzügig sein und manche Nachwirkungen des früheren, in Wahrheit nicht international, sondern interterritorial gedachten Kollisionsrechtes ohne Schwierigkeiten überwinden können. Außerdem ist es selbstverständlich, daß, ebenso wie früher, auch von den Behörden des nationalsozialistischen Staates die unter der Herrschaft des fremden Rechts rechtsgültig begründeten Tatbestände und Statusverhältnisse im internationalen Rechtsleben, nach den Regeln des internationalen Privatrechts grundsätzlich anerkannt werden. Daher ist es selbstverständlich, daß wir eine im Auslande gültig geschlossene Ehe von Ausländern als Ehe anerkennen, wie ja auch die polygame Ehe eines nach seinem Heimatrecht in Polygamie lebenden Ausländers anerkannt wird. Solche im Ausland begründeten und geprägten Statusverhältnisse werden von uns in gleicher Weise anerkannt, wie das allgemein die Praxis aller Staaten ist. Ebenso bleibt hier für Einzelfälle der allgemeine Vorbehalt des *ordre public*. Es hat sich also gegenüber dem legalen *fait accompli* des Auslandes nichts Wesentliches geändert.

Die Auswirkung der eigentlichen Rassengesetzgebung führt aber zu neuartigen international gelagerten Tatbeständen. Dabei interessieren vor allem die

Nürnberger Gesetze zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, die am 15. September 1935 verkündet wurden, und die Durchführungsbestimmungen vom 14. November 1935. Diese Nürnberger Gesetze und ihre Durchführungsbestimmungen sprechen, wenn sie das deutsche Blut schützen, immer nur von deutschen Staatsangehörigen. Sie schützen, wie man es treffend formuliert hat, das deutsche Blut nur, soweit es in den Adern deutscher Staatsangehöriger fließt. Sie greifen niemals darüber hinaus und vermeiden jede Einmischung in das Selbstbestimmungsrecht anderer Völker und Staaten.

Ein Beispiel: Wenn ein in Berlin domizilierter Jude deutscher Staatsangehörigkeit vor dem Berliner Standesamt das Aufgebot für die Eheschließung mit einer arischen Ausländerin beantragt, etwa mit einer Schwedin oder einer Polin germanischen oder slawischen Blutes, so liegt überhaupt kein Ehehindernis im Sinne des Gesetzes vom September 1935 vor. Dieser Antrag wird ohne weiteres von dem Berliner Standesamt entgegengenommen, weil das Eheverbot des Nürnberger Gesetzes nur das Blut der deutschen Staatsangehörigen schützt. Es wird nirgends über den Schutz des deutschen Blutes deutscher Staatsangehöriger hinausgegangen, und zwar aus völkischem Respekt vor der Selbstbestimmung anderer Staaten und Völker. Ebenso, wenn ein Jude ausländischer Staatsangehörigkeit, ein französischer, englischer oder schwedischer Jude, vor einem im übrigen zuständigen deutschen Standesamt eine Ausländerin, Jüdin oder nicht, heiratet. Hier ist von einem gesetzlichen Ehehindernis im Sinne unserer Rassenschutzgesetze keine Rede.

Dagegen versteht es sich von selbst, daß, wenn der eine Teil deutschen Blutes und deutscher Staatsangehörigkeit ist, das Eheverbot ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Juden zum Zuge kommt. Darin liegt kein Übergriff, denn es handelt sich um den Schutz des eigenen Staatsangehörigen.

Der ausländische Jude als solcher interessiert uns nicht, aber dem deutschen Staatsangehörigen ist die Ehe mit einem Juden verboten, gleichgültig, welcher Staatsangehörigkeit der Jude ist. Das ist, internationalrechtlich betrachtet, eine überaus klare und folgerichtige Abgrenzung; sie beruht ganz auf dem wesentlich *defensiven* Charakter unserer Rassengesetzgebung.

Das Gesetz zum Schutze der Ehegesundheit vom 18. Oktober 1935 verbietet die Ehe, wenn einer der Verlobten an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Krankheit leidet, die Schädigungen befürchten läßt, wenn Geisteskrankheit, Erbkrankheit und dergleichen vorliegt. Viele Staaten haben solche oder ähnliche Ehegesundheitsgesetze mit Eheverboten aus gesundheitlichen Gründen. Ich will hier nur auf den auch in diesem Punkt durchaus defensiven Charakter der deutschen Regelung hinweisen, der sich besonders in § 5 dieses Gesetzes zeigt: die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung, wenn beide Verlobte oder der männliche Verlobte eine ausländische Staatsan-

gehörigkeit besitzt. Auch hier tritt das deutsche Ehegesundheitsrecht ohne weiteres zurück, wenn beide Verlobte eine fremde Staatsangehörigkeit haben; aber selbst dann, wenn nur der männliche Verlobte eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt, gibt es hier kein ehegesundheitliches Eheverbot. Will ein kranker Ausländer ein deutsches Mädchen heiraten, so liegt in diesem Tatbestand kein Ehehindernis im Sinne der Bestimmungen des deutschen Ehegesundheitsgesetzes vom 18. Oktober 1935.

Es kann einzelne Fälle geben, die so extrem liegen, daß jeder verständige Jurist jeder Nation und jeden Staates nach Lage der Sache auch hier gegenüber einer positiven Bestimmung immer noch die Möglichkeit einer Berufung auf den *ordre public* im Einzelfall offen halten würde. Aber nach der normalen positiven Regelung weicht das deutsche Recht zurück, sobald der männliche Verlobte eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt. Auch hier beschränkt sich die deutsche Rassen- und Ehegesetzgebung bei international gelagerten Tatbeständen darauf, nur deutsches Blut deutscher Staatsangehörigkeit zu schützen; im Falle der Ehegesundheit verzichtet sie, wie gesagt, wenn der männliche Teil ein Ausländer ist, sogar darauf, das deutsche Blut des weiblichen Teils zu schützen. Die defensive Grundhaltung dieser Rassengesetzgebung hat also in der Frage der innerdeutschen Handhabung des *ordre public* eine klare positive Regelung gefunden, an deren Sinn und Richtung nicht zu deuteln ist. Der völkisch-defensive Grundcharakter nicht nur dieser Gesetze, sondern der ganzen nationalsozialistischen Weltanschauung überhaupt tritt hier in einer überzeugenden Weise zutage. Von dieser Erkenntnis aus erledigen sich dann alle weiteren Komplikationen und Nuancierungen ohne Mühe, da der nationalsozialistische Gesetzgeber selbst den größten und schwierigsten Teil dieser ganzen Problematik entschieden hat.

2. Das Problem des gegenüber der deutschen Rassen- und Ehegesundheitsgesetzgebung geltend gemachten *ausländischen ordre public* betrifft den Fall, daß eine ausländische Behörde, die nach den Regeln des internationalen Privatrechts unser deutsches Rassen- und Ehegesundheitsrecht anwenden müßte, unter Berufung auf einen nichtrassischen *ordre public* ihres Staates die Anwendung jener deutschen Rasse- und Ehegesetze ablehnt. Auch hier ist für eine richtige Veurteilung einer solchen Frage zu beachten, daß der deutsche Gesetzgeber in einer maßvollen Weise das, was sonst der wichtigste und schwierigste Fall einer solchen Kollision gewesen wäre, ausgeräumt hat, und infolge der Zurückhaltung der deutschen Gesetzgebung der Kollisionsfall gar nicht eintritt. In dem eben erwähnten Fall z.B., daß ein Jude deutscher Staatsangehörigkeit im Ausland eine Angehörige dieses ausländischen Staates oder irgendeines anderen nichtdeutschen Staates heiratet, liegt schon nach den Bestimmungen des deutschen Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes vom 15. September 1935 überhaupt kein Eheverbot vor. Derselbe Jude deutscher Staatsangehörigkeit, der vor einem deutschen Standesamt eine ari-

sche Ausländerin heiraten will, könnte getraut werden, weil hier ein Eheverbot im Sinne der Rassenschutzgesetzgebung nicht vorliegt. Daher kommt es in einem solchen Fall auch im Ausland gar nicht zu einer Kollision.

Dagegen sind andere typische Fälle der Handhabung des *ordre public* denkbar, in denen der Gegensatz von rassischer und nichtrassischer Eheauffassung zu einer echten Prinzipienkollision führt. Es handelt sich vor allem um folgende Möglichkeiten: Ein Jude deutscher Staatsangehörigkeit heiratet im Ausland eine deutsche Staatsangehörige deutschen Blutes unter Zuwiderhandlung gegen das Eheverbot unserer Rassengesetze. Oder: Ein Jude ausländischer Staatsangehörigkeit heiratet im Ausland eine deutsche Staatsangehörige deutschen Blutes. Die beiden Fälle sind dadurch verschieden, daß der Jude im ersten Fall deutscher, in dem anderen Fall ausländischer Staatsangehöriger ist. In beiden Fällen gilt das Eheverbot des Gesetzes vom 15. September 1935 für den deutschen Staatsangehörigen. Hier könnte es, wenn die Behörde des ausländischen Staates aus dem Rassenproblem oder, richtiger gesagt, aus ihrem nichtrassischen Standpunkt eine Prinzipienfrage macht, zu einer Anwendung des *ordre public* und zu einer echten Kollision der beiden Prinzipien kommen. Die Fälle lassen sich nicht allgemein behandeln, weil hier *drei Gruppen von Staaten* zu unterscheiden sind.

1. Die erste Gruppe sind die Länder der *lex domicilii*, d.h. der Länder, in denen sich das Recht der Eheschließung nach dem Recht des *Wohnsitzes* bestimmt, also hauptsächlich die angelsächsischen Länder. Sie nehmen überhaupt nicht auf das Heimatstatut Bezug und lassen infolgedessen auch die Vorbehalte und Ausnahmen des *ordre public* oder der *Public policy* nicht zum Zuge kommen. Haben die Eheschließenden ihr Domizil z.B. in England, so liegt nach der *lex domicilii*, das die eherechtliche Rassenunterscheidung nicht kennt, keine Normenkollision vor; eine Berufung auf den *ordre public* kommt nicht in Betracht. Man könnte sich allerdings Fälle der Gesetzesumgehung und des *in fraudem legis agere* denken, doch wären das wiederum besonders geartete Tatbestände. Wenn eine englische Behörde eine Trauung vornimmt, um einem deutschen Juden eine nach deutschem Recht verbotene Eheschließung zu ermöglichen, ohne daß die Voraussetzungen des englischen Rechts wirklich vorliegen, so ist das nach Lage der Sache ein völkerrechtswidriges Verhalten gegenüber dem Deutschen Reich, aber kein Problem des *ordre public*. Die erste Gruppe, die Länder der *lex domicilii*, scheidet demnach hier ohne weiteres aus.

2. Eine zweite Gruppe bilden die Vertragsstaaten der *Haager Eheschließungskonvention* vom 12. Juni 1902. Dazu gehören außer dem Deutschen Reich z.B. Holland, Italien, Schweden, die Schweiz und andere Länder. Die Haager Eheschließungskonvention ist dadurch gekennzeichnet, daß sie die Berufung auf den *ordre public* einzuschränken versucht. Nach ihr gilt grund-

sätzlich das Heimatstatut. Die Fälle, von denen wir hier ausgehen – ein Jude deutscher Staatsangehörigkeit heiratet im Ausland eine deutsche Staatsangehörige deutschen Blutes, oder der ausländische Jude heiratet im Ausland eine deutsche Staatsangehörige deutschen Blutes – würden gemäß der Haager Konvention nach den deutschen Rassengesetzen beurteilt werden; die Behörden des Vertragsstaates müßten also die deutschen Rassengesetze anwenden. Ein schweizerischer, holländischer oder italienischer Standesbeamter z. B. wäre in den genannten Fällen verpflichtet, das Aufgebot und die Eheschließung abzulehnen. Diese Haager Konvention versucht nun, die Berufung auf den *ordre public*, die im international-privatrechtlichen Zusammenwirken als störend empfunden wird, möglichst einzuschränken. Nach Artikel 3 der Konvention darf der Vorbehalt des *ordre public* ausschließlich gegenüber religiös motivierten Ehehindernissen oder Eheverboten geltend gemacht werden. Daraus folgt *e contrario*, daß in den Vertragsstaaten dieser Konvention gegenüber rassisch oder biologisch, eugenisch oder sonstwie begründeten Eheverboten, also auch gegenüber der nationalsozialistischen Gesetzgebung, eine Berufung auf den *ordre public* unzulässig ist. Der schweizerische, italienische oder holländische Standesbeamte z. B. dürfte in den hier behandelten Fällen keine Eheschließung vornehmen und sich nicht etwa unter Berufung auf den *ordre public* seines Landes über die deutschrechtlichen Ehehindernisse hinwegsetzen. Dieser Fall ist klar. Unmittelbar nach dem 15. September 1935 berichteten die Tageszeitungen, daß sich ein holländischer Standesbeamter unter Berufung auf die deutsche Rassengesetzgebung geweigert habe, einen deutschen Juden in Holland zu trauen. Ich habe nicht genau ermitteln können, wie der Fall eigentlich lag. Es ist in der Zweiten holländischen Kammer zu einer Anfrage vom 19. September 1935 und zu einer Stellungnahme des holländischen Justizministers gekommen, ohne daß klargestellt worden wäre, ob etwa der Mann oder die Frau jüdischer Rasse und welcher Staatsangehörigkeit der eine oder andere Teil war. Für unsere Fälle ist überhaupt kein Zweifel möglich, daß der holländische Standesbeamte die Eheschließung verweigern mußte; denn für ihn sind nach der Haager Konvention für den deutschen Teil die deutschen Gesetze maßgebend; er darf sich nach Art. 3 der Haager Konvention nicht auf eine holländische, prinzipiell nichtrassische Eheauffassung als auf einen Bestandteil des holländischen *ordre public* berufen. In seiner Antwort auf die Anfrage hat der holländische Justizminister diesen Standpunkt auch klar und eindeutig vertreten.

3. Die eigentliche Problematik liegt bei der dritten Gruppe. Das sind die Staaten, in denen nach ihrem internationalen Privatrecht Heimatstatut gilt, die also in unserem Fall auf das deutsche Recht verweisen, die sich aber hinsichtlich der Anwendung und Handhabung ihres *ordre public* nicht vertraglich gebunden haben. Hierhin gehören vor allem Frankreich und Belgien, die bekanntlich – Frankreich 1913 und Belgien während des Krieges –, um

freie Hand hinsichtlich der Handhabung des *ordre public* zu haben, die Haager Konvention gekündigt haben. Zunächst sei der Fall 2 behandelt: ein Jude ausländischer Staatsangehörigkeit heiratet im Ausland der Gruppe 3, etwa in Belgien, eine deutsche Staatsangehörige deutschen Blutes. Man muß hier wohl unterscheiden, ob dieser Jude Staatsangehöriger des Staates der befaßten Behörde, in unserem Beispiel also belgischer Staatsangehöriger ist oder nicht. Denn es ist für die Beurteilung der wesentlichen Frage wichtig, ob ein echter Anknüpfungspunkt und ein echtes Interesse vorliegt, das einen Staat veranlaßt, seinen *ordre public* zur Geltung zu bringen. Würde also ein Jude belgischer Staatsangehörigkeit vor dem belgischen Standesamt mit einer Staatsangehörigen deutscher Rasse erscheinen, um mit ihr eine Ehe zu schließen, die unter das deutsche Eheverbot fällt, so könnte nach einigen bisherigen Präzedenzfällen namentlich der französischen Praxis der *ordre public* zum Zuge kommen, weil es sich um seinen Staatsangehörigen handelt. Diese Fälle betreffen eine Rassenmischehe zwischen einem Franzosen und einer Negerin aus Louisiana, einem Staat, der schon seit langem das Verbot der Rassenmischehe zwischen Negern und Weißen kannte[2]. Für die Frau, die Negerin, lag hier ein klarer Fall eines rassischen Eheverbots vor. Die französischen Gerichte und Behörden haben sich unter Berufung auf den französischen *ordre public* und auf die Ideen von 1789 über dieses rassische Eheverbot hinweggesetzt. Das wäre natürlich ein echter Präzedenzfall, der auch gegenüber unserer Rassengesetzgebung beachtlich ist. Hier würde von deutscher Seite keineswegs die Ehe anerkannt, auch macht sich der deutsche Teil auf jeden Fall nach deutschem Recht strafbar, wohl aber wird der international privatrechtliche Präzedenzfall, wonach der fremde Staat eine solche Ehe schließt, anerkannt. Die Ehe wäre also nach deutschem Recht nichtig, nach belgischem Recht gültig. Es läge der typische Fall einer hinkenden Ehe, eines *matrimonium claudicans* vor, wie es solche namentlich infolge der Kollision von kirchlicher und weltlicher Gesetzgebung in großer Zahl gibt. Damit wäre dieser Fall auf eine international-rechtlich bekannte Kategorie des *matrimonium claudicans* reduziert. Ist aber in diesem Fall der ausländische Jude, der die Deutsche heiratet, nicht Angehöriger des Landes, in dem er heiratet, will etwa ein polnischer oder rumänischer Jude in Belgien vor einem belgischen Standesamt eine deutsche Staatsangehörige heiraten, so fehlt meiner Ansicht nach eine echte Anknüpfung, die es rechtfertigt, daß die belgische Behörde sich auf den belgischen *ordre public* beruft. Ich würde in einem solchen Fall die Berufung auf den *ordre public* für internationalrechtlich unzulässig halten, denn hier wäre der Fall einer *aggressiven*, daher mißbräuchlichen Geltendmachung des *ordre public* gegeben.

---

[2] Clunet 1885 S. 296 f. (Entscheidungen des Tribunal civil de Pontoise aus dem Jahre 1884).

Der Fall 1 dagegen liegt meiner Meinung nach durchaus einfach. Versuchen zwei deutsche Staatsangehörige, der eine Jude, der andere nicht, in einem Lande der Gruppe 3 die Eheschließung, will etwa ein Jude deutscher Staatsangehörigkeit in Straßburg ein deutsches Mädchen deutscher Staatsangehörigkeit heiraten, so wäre es offenbar eine aggressive Handhabung des *ordre public*, wenn der französische Standesbeamte unter Berufung auf die Ideen von 1789 und die eben genannten Präzedenzfälle die Eheschließung vornehmen wollte. Gerade dieser Fall läßt den Unterschied von aggressiver und defensiver Anwendung des *ordre public* gut erkennen. Die belgische oder französische Behörde könnte sich nicht etwa darauf berufen, daß in Deutschland die Eheschließung eines französischen Juden mit einem deutschen Mädchen abgelehnt würde. Der Unterschied liegt darin, daß die französische oder die belgische Behörde – hier der Standesbeamte – *aktiv* wird, indem er die Ehe schließt und einen behördlichen Akt vornimmt, während in dem anderen Falle der deutsche Standesbeamte es *ablehnt*, eine Eheschließung vorzunehmen, sich also *passiv* verhält. Er bleibt damit erkennbar in der Defensive, während im ersten Falle die Berufung auf den *ordre public* dazu dient, eine nach deutschem Recht unmögliche, mit Zuchthausstrafe bedrohte Ehe zustandezubringen. Dieser Unterschied einer aggressiven und defensiven Handhabung des Vorbehalts des *ordre public* ist in der bisherigen international-privatrechtlichen Behandlung solcher Fälle nicht klar genug hervorgetreten. Auch die Verschiedenheit des Falles, in dem ein eigener Staatsangehöriger jüdischer Rasse mit einer deutschen Frau die Ehe schließt, gegenüber dem Fall, daß es sich um einen deutschen Staatsangehörigen jüdischer Rasse handelt, zeigt den Unterschied von aggressiver und defensiver Haltung. Man könnte sich hier auch nicht darauf berufen, daß die Behörden aller europäischen Länder es ablehnen, eine polygame Ehe zu schließen. Denn auch darin liegt nur die *Ablehnung* eines nach europäischer sittlicher Auffassung unzulässigen Aktes. Wollten ein Ägypter und eine Ägypterin eine nach mohammedanischem Recht zulässige dritte Ehe bei uns schließen, so würde unsere und wohl jede andere Behörde eines europäischen Staates das Aufgebot und die Eheschließung allerdings unter Berufung auf den *ordre public* ablehnen, aber nicht etwa aktiv werden. Der vorhin konstruierte Fall, daß in Frankreich die Eheschließung eines Juden deutscher Staatsangehörigkeit mit einer deutschen Staatsangehörigen deutschen Blutes vorgenommen würde, läge vielmehr so, als wollte umgekehrt der Standesbeamte oder die Behörde eines mohammedanischen Staates etwa einen Europäer mit einer Europäerin, etwa einen Deutschen mit einer Französin bigam oder polygam trauen, und zwar mit der Begründung, daß das islamische Recht menschlicher sei und einem die Unzuträglichkeiten, die mit der monogamen Ehe verbunden seien, aus Menschlichkeit nicht zumute. Das wäre die echte Parallele zu unserem Fall, die den typisch aggressiven Charakter einer solchen Bezugnahme auf den

ordre public anschaulich macht und zeigt, daß jede derartige prinzipielle Demonstration gegenüber der deutschen Rassengesetzgebung internationalrechtlich unzulässig ist.

III.

Darf ich nun zum Schluß die neue Situation wiederholend zusammenfassen. Der Vorbehalt des *ordre public* ist unausrottbar, er ist auch unverzichtbar. Bei aller berechtigten Kritik an mißbräuchlichen Berufungen auf den *ordre public* bleibt bestehen, daß der Vorbehalt des *ordre public* als solcher der Ausfluß eines Selbstbestimmungs- und Selbstbehauptungsrechtes ist. Gerade weil die Staaten sich im internationalen Privatrecht gegenseitig respektieren, wird ein solcher Vorbehalt, gleichgültig, ob man ihn mit „*ordre public*", gute Sitten oder wie immer kennzeichnet, praktisch immer in irgendeiner Form gehandhabt werden.

Die nationalsozialistische Gesetzgebung zeigt aber, daß man, von den Gedanken gegenseitigen Respekts beseelt, zu einer klaren und einfachen, dem Grundsatze gegenseitigen Respekts Rechnung tragenden Regelung kommen kann. Innerhalb des großen Gebietes der Anwendung des *ordre public* müßte eine doppelte Einschränkung eintreten: einmal darauf, daß eine *fundamentale* Frage der völkischen Lebensordnung *in einem konkreten Einzelfall* zur Entscheidung steht. Denn eine berechtigte Anwendung des Vorbehalts des *ordre public* richtet sich niemals *in abstracto* gegen ein Prinzip, sondern verhindert in einem bestimmten Fall und in einer bestimmten Sachlage eine prinzipiell unmögliche konkrete Handhabung staatlicher Machtbefugnisse, die zu einer Verletzung der Grundsätze der eigenen völkischen Lebensordnung führen würde. Dabei kann es nicht darauf ankommen, einen Katalog solcher Fragen aufzustellen. Alle Versuche, die wirklich fundamentalen Fragen tatbestandsmäßig aufzuzählen, müssen mißlingen, weil sie den Sinn der Generalklausel überhaupt mißverstehen. Aber mit solchen normativistischen Mißverständnissen ist die Notwendigkeit und Richtigkeit der Generalklausel selbst weder praktisch noch theoretisch widerlegt.

Die zweite Einschränkung liegt darin, daß die Berufung auf den *ordre public* grundsätzlich *defensiv* sein muß. Wir lehnen jede Handhabung des Vorbehalts des *ordre public*, die aggressiven Charakter hat, grundsätzlich ab, ebenso jede rechthaberische Demonstration gegen die Grundsätze und die Weltanschauung eines anderen Volkes. Im Grunde bleibt die Formulierung der Entscheidung des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen Band 60 S. 269 richtig, wonach der Vorbehalt des *ordre public* dann eintritt, wenn die Anwendung eines ausländischen Gesetzes die *Grundlagen* der eigenen Ordnung *angreifen* würde. Das Reichsgericht spricht hier von „Grundlagen" und

von „angreifen"; das sind die beiden richtigen Gesichtspunkte, von denen aus eine vernünftige Einschränkung der Handhabung dieses Vorbehalts gewonnen werden kann.

Die deutsche positivgesetzliche Regelung erleichtert uns die Beantwortung der schwierigsten Fragen. Wenn man den ersten Eindruck der Neuheit und die Aufgeregtheit und Turbulenz, die meistens mit dem Auftreten neuer Rechtsgedanken verbunden sind, wenn man den ersten, vielfach leider noch künstlich geschürten Affekt überwunden hat, wird man anerkennen, daß hier ein neues Licht auf viele oft sehr schwierigen und zu Konflikten führenden Fragen des internationalen Privatrechts fällt. Ich glaube, daß man bald die überaus maßvolle Zurückhaltung unserer gesetzlichen Regelung erkennen wird. Sie beruht auf den Gedanken der Achtung und des gegenseitigen Respekts, aber sie verlangt auch, daß die eigenvölkische Entscheidung des deutschen Volkes ebenso respektiert wird. Das ist der selbstverständliche Grundsatz echter Reziprozität, ohne den es überhaupt kein Völkerrecht und kein internationales Privatrecht gibt. Die nationalsozialistische Gesetzgebung hat Sinn für Grenzen, auch für ihre eigenen Grenzen bewiesen, Sinn für Maß und daher auch Sinn für Gerechtigkeit. Weit entfernt, daß eine Gefährdung der guten internationalen privatrechtlichen Beziehungen zu befürchten wäre, ist hier vielmehr eine sichere und solide Grundlage für ein fruchtbares und gedeihliches Zusammenarbeiten der Juristen aller Nationen geschaffen.

53. Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen „Legislative Delegationen“

Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
6. Jg. (1936), S. 252–268

Seit dem Weltkrieg sehen sich fast alle Staaten gezwungen, politische, wirtschaftliche und finanzielle Anordnungen und Maßnahmen in „vereinfachten“ Verfahren zu treffen, die eine schnelle Anpassung an die besonderen Schwierigkeiten der wechselnden Lage ermöglichen. Die Hoffnung, daß man nach dem Ende des Krieges oder nach dem Abschluß der Demobilmachung unverändert zu den früheren Methoden der „normalen“ Gesetzgebung zurückkehren könnte, hat sich nicht erfüllt[1]. Das 1934 erschienene Buch von Herbert Tingsten[2] vermittelt ein Bild dieses Zustandes. Nach Beendigung des Krieges haben zuerst Inflation und Deflation außerordentliche Methoden gesetzgeberischer Regelung notwendig gemacht. Außerdem sind viele Staaten, und zwar auch solche, die nicht etwa sozialistisch sein wollen, zu mancherlei Arten einer ökonomischen und finanziellen Planung übergegangen, mit Einrichtungen und Normierungen zur Steuerung oder Regulierung der Wirtschaft und mit Produktions- und Marktordnungen, die ebenfalls neue Methoden der rechtlichen Normierung erforderlich machen. Endlich kann auch der Zwang zur Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten, zum Beispiel der Sanktionsverpflichtungen für Völkerbundstaaten[3], bei wachsender Kollekti-

---

[1] Auf dem 32. Deutschen Juristentag 1921 (Verhandlungen S. 31) zitierte *H. Triepel* aus einem Brief, den ihm *Karl Binding* kurz vor dem Tode geschrieben hatte, folgenden Satz: „Die nächste große Aufgabe ist die Bekämpfung der Verordnung in ihrer Anmaßung gegen das Gesetz.“ Triepel stellt dabei fest, daß das „Unglück“ mit dem Ermächtigungsgesetz vom 4. August 1914 begonnen habe. In der Tat begann 1914 mit dem Weltkrieg das Ende einer verfassungsgeschichtlichen Epoche, nämlich der des gewaltenteilenden Konstitutionalismus.

[2] *Herbert Tingsten,* Les Pleins Pouvoir, l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre; traduit du Suédois par E. Soederlindh, Publications du Fonds Descartes, Librairie Stock, Paris 1934.

[3] Die englischen Verordnungen zur innerstaatlichen Durchführung der Sanktionen (z. B. Statutory Rules and Orders 1935, Nr. 1038, 1090, 1121 und 1122, 1248) sind auf Grund der Ermächtigungen der Treaty Peace Act vom 31. Juli 1919 (9 & 10 Geo. 5 c. 33) ergangen.

vierung des internationalen Lebens zu vereinfachten Formen gesetzlicher Regelung führen.

Es genügt, diese drei verschiedenen Ursachen anzudeuten, die sämtlich in der gleichen Richtung wirken und zu dem gleichen Ergebnis führen, nämlich zu einer neuen Praxis und zu neuen Auffassungen der Begriffe von Gesetz und Gesetzgebung. Hier ist die Praxis der gesetzgeberischen Ermächtigungen (legislative Delegationen) von besonderer theoretischer und praktischer Bedeutung. Denn die Maßnahmen des offenen Ausnahmezustandes oder solche des offenen Staatsnotrechts trennen ihrer Natur nach den Normalzustand von einer abnormen Lage begrifflich scharf ab; sie können mit einem gewissen Recht als „Diktatur“ bezeichnet werden, während es ein oberflächliches und irreführendes Schlagwort ist, alle heutigen Methoden einer „vereinfachten“ Gesetzgebung unterschiedslos als „Diktatur“ (im Gegensatz zu Demokratie oder Rechtsstaat oder andern vieldeutigen Worten) zu disqualifizieren. Die gesetzgeberische Ermächtigung ist, soweit sie verfassungsmäßig ist, immer eine legale Brücke; aber sie kann sowohl zur früheren verfassungsmäßigen Legalität zurück als auch von ihr hinweg auf einen gänzlich neuen Verfassungsboden führen. Daher ist die Praxis der Ermächtigungsgesetze sowohl ein Prüfstein für die wirkliche Verfassungslage als auch ein wichtiges Symptom für die verfassungsrechtliche Gesamtentwicklung, und es ist wohl verständlich, daß das Problem der Verfassungsmäßigkeit von Ermächtigungsgesetzen in den letzten Jahren ein Hauptthema aller verfassungsrechtlichen Streitfragen geworden ist.

Ob „vereinfachte“ Methoden der gesetzlichen Regelung zulässig sind, ist eine verfassungsrechtliche Frage, die in den verschiedenen Staaten außerordentlich verschieden beantwortet werden muß. Selbst innerhalb derjenigen Staaten, die als vorbildlich liberal-demokratische Verfassungsstaaten und in diesem Sinne als „Rechtsstaaten“ allgemein anerkannt sind, in England, Frankreich und in den Vereinigten Staaten von Amerika, besteht hier keine Übereinstimmung. Hier liegen, trotz der scheinbaren Verwandtschaft des Verfassungstypus, in Wahrheit ganz verschiedene Gesetzesbegriffe zugrunde. Es ist schon aus diesem Grunde nicht möglich, im Hinblick auf diese Staaten einen Allgemeinbegriff von „Rechtsstaat“ abzuleiten, um daraus die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Ermächtigungsgesetzen für den rechtswissenschaftlich allein interessanten Fall zu beantworten, daß keine geschriebene Verfassung vorliegt oder die geschriebene Verfassung keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Ermächtigungsgesetzen enthält. Auf der anderen Seite läßt sich beim Schweigen der Verfassung die Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit von Ermächtigungsgesetzen rechtswissenschaftlich nur an der Hand grundsätzlicher Begriffe und Vorstellungen beurteilen, deren Kern immer wieder der Begriff des Gesetzes ist. Das Problem der gesetzgeberischen Ermächtigung ist daher für den Gesetzesbegriff und für den Wandel grundlegender Begriffe des bisherigen Verfassungsdenkens von ent-

scheidender Bedeutung, nicht etwa nur im Sinne eines „formellen“ Gesetzesbegriffs, sondern für den gesamten Aufbau der Verfassung und für die Frage des konkreten Verhältnisses von Gesetzgebung und Regierung. Denn die Frage der Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit einer Ermächtigung enthält, praktisch gesprochen, vor allem die Frage, ob der die Ermächtigung erteilende Gesetzgeber selbst oder eine andere Instanz, insbesondere ein nachprüfendes Gericht, über die Ermächtigung entscheidet. Das Problem betrifft also nicht so sehr normativistische Fragen der Auslegung einzelner Verfassungsregeln als vielmehr die spezifische Gesamtordnung eines Gemeinwesens. Der Gegensatz der englischen, französischen und amerikanischen Verfassungsstruktur ist hier besonders wichtig[4].

I.

1. Die *englische* Praxis geht von der politischen Übereinstimmung zwischen dem Parlament und der von der Parlamentsmehrheit getragenen Regierung aus; sie hat keinen gewaltenteilenden Gesetzesbegriff und kennt daher weder die grundsätzliche Verschiedenheit von Gesetzgebung und Regierung noch grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen „legislative Delegationen“. Mit dem Weltkrieg setzten unübersehbar weite Ermächtigungen ein, zunächst hauptsächlich auf der Grundlage des großen Ermächtigungsgesetzes vom 8. August 1914, der „Defence of the Realm Act 1914“ (4 5 Geo. 5 c. 29). Trotz aller Bedenken und Einwendungen gegen den „Despotismus der Ministerialbürokratie“ ist die verfassungsmäßige Gültigkeit dieser weitgehenden Delegationen nicht ernsthaft in Zweifel gezogen worden. Die grundlegende Entscheidung des House of Lords vom 1. Mai 1917[5] hat das Recht des Parlaments, derartig weitgehende Ermächtigungen zu erteilen, als selbstverständlich unterstellt und nur die Frage geprüft, ob eine auf Grund dieser Ermächtigung ergangene Verordnung (regulation) nicht etwa doch über die Absichten und Ziele des ermächtigenden Gesetzgebers hinausgehe und aus diesem Grund „ultra vires“ sei. Auch der einzige dissentierende Richter dieser Entscheidung, Lord Shaw of Dunfermline, beanstandet nicht etwa die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung, sondern legt nur die erteilte Ermächtigung dahin aus, daß die Regierung nur befugt sein solle, „regulations“ im Sinne genereller Regelungen, zum Unterschied von konkreten

---

[4] Die Entwicklung des Ermächtigungsproblems in anderen Staaten, insbesondere in Italien, Belgien, Polen und der tschecho-slowakischen Republik, bleibt hier beiseite. Zu der italienischen Entwicklung sei nur bemerkt, daß auch die faschistische Revolution bisher nicht zu einer Aufhebung der Trennung von Legislative und Exekutive geführt hat und der gewaltenteilende Gesetzesbegriff im faschistischen Verfassungsrecht beibehalten wurde.

[5] *Rex v. Halliday*, The Law Reports 1917, p. 260–308.

Einzelmaßnahmen, zu erlassen. Aus der Delegationspraxis der Nachkriegszeit sind das Gesetz zur Ausführung des Friedensvertrages vom 31. Juli 1919[6] und die Emergency Power Act vom 29. Oktober 1920[7] die wichtigsten Beispiele weiterer Ermächtigungen. An diesem Gesetz von 1920 ist von besonderem Interesse, daß das ermächtigende Parlament für den Umfang der Ermächtigung negativ bestimmte Vorbehalte gemacht hat, indem es z.B. die Einführung der zwangsweisen Militär- oder Arbeitsdienstpflicht oder Verordnungen gegen das Streikrecht ausdrücklich ausnimmt. Die großen Bedenken, die von der Labour Party gegen dieses Gesetz vorgebracht wurden, betrafen nicht die verfassungsmäßige Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung, sondern nur Befürchtungen eines Mißbrauchs durch eine nicht mehr arbeiterfreundliche Regierung[8]. Die verfassungsrechtliche Konstruktion der englischen Ermächtigungspraxis, daß das Ermächtigungsgesetz nicht eine neue Gesetzgebungsbefugnis schaffe, sondern nur einem auf der Prärogative der Krone begründeten Verordnungsrecht freie Bahn gebe und demnach „eigentlich und formal“ nur deklaratorischen Charakter habe[9], sei hier wenigstens mit einem Wort erwähnt, um auf den großen Gegensatz des englischen Verfassungsdenkens gegenüber französisch- oder amerikanisch-republikanischen Verfassungs- und Gesetzesbegriffen hinzuweisen.

2. Die Entwicklung der französischen Delegationspraxis ist bei Tingsten (S. 15–57) gut dargestellt. Sie ist hier von besonderem Interesse, weil die überlieferte, man darf sagen klassische Theorie des französischen Verfassungsrechts in schärfstem Gegensatz gegen die englische Praxis jede „legislative Delegation“ als verfassungswidrig ansieht. Diese Auffassung hat die Logik einer gewaltenteilenden Verfassung, insbesondere der Trennung von Legislative und Exekutive und des daraus entstehenden Gesetzesbegriffs, außerdem die Logik des Satzes „delegata potestas non delegatur“ ganz auf ihrer Seite. Sie steht in einer verfassungsrechtlichen Tradition, deren berühmteste Kronzeugen Locke und Sieyès sind, und deren klarster Ausdruck sich in Art. 45 der Verfassung des Jahres III (1795) findet[10]. Esmein, der große

---

[6] 9 & 10 Geo. 5 c. 33; vgl. oben Anm. 3.

[7] 10 & 11 Geo. 5 c. 55.

[8] *Tingsten,* a.a.O. S. 207. *Tingsten* selbst nennt dieses englische Gesetz von 1920 „un écart flagrant de l’evolution démocratique de la Constitution anglaise“. Darin zeigt sich, daß er von einem nichtenglischen Verfassungsbegriff ausgeht und einen gewaltenteilenden Gesetzesbegriff für allein demokratisch hält – typische Verwechslung von Demokratie und liberalem Konstitutionalismus.

[9] Vgl. den Aufsatz von *Sidney W. Clarke* Esq., The Rule of „Dora“, Journal of the Society of Comparative Legislation, London 1919, S. 36ff.

[10] „En aucun cas, le corps législatif ne peut déleguer à un ou plusieurs de ses membres, ni à qui que soit, aucune des fonctions qui lui sont attribuées par la présente constitution.“

Wortführer dieser Theorie, hielt folgerichtig daran fest, daß jede noch so begrenzte Delegation gesetzgeberischer Befugnisse begrifflich und juristisch unmöglich, „juridiquement impossible“ sei; der Gesetzgeber soll eben Gesetze und nicht Gesetzgeber machen; seine Aufgabe ist, wie schon Locke bemerkt hat, „to make laws and not legislators“. Die Praxis fand Zwischenlösungen; die Theorie (Duguit, Rolland) suchte bestimmte begrenzte Delegationen zu rechtfertigen. Aber es zeigte sich, daß die mit dem Postulat inhaltlich festgelegter Begrenzungen arbeitenden Vermittlungstheorien theoretische und praktische Halbheiten sind und nur dazu führen, daß die Gerichte auf Grund ihres Nachprüfungsrechts zu einer übergesetzgeberischen Instanz gemacht werden müßten, was bei der heutigen Struktur des französischen Staates unmöglich wäre[11]. Selbst während des Weltkrieges war das französische Parlament sehr vorsichtig mit gesetzgeberischen Delegationen; insbesondere wurde der Regierung Briand die im Dezember 1916 nachgesuchte allgemeine Ermächtigung verweigert[12]. Dagegen erhielt die Regierung Poincaré die außerordentlich weiten Ermächtigungen der Gesetze vom 22. März 1924 und vom 3. August 1926, trotz aller verfassungsrechtlichen Bedenken gegen solche „exorbitanten“ pleins pouvoirs. Ein Teil der französischen Rechtslehre entspricht dieser Entwicklung und sucht die bisherige Auffassung von der juristischen Unmöglichkeit einer legislativen Delegation durch neue Konstruktionen zu überwinden. Hierfür ist Carré de Malberg zu nennen, der den spezifischen Gesetzesbegriff eines parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und den systematischen Zusammenhang des Ermächtigungsproblems mit dem Gesetzesbegriff folgerichtig durchdacht hat[13]. Carré de Malberg unterscheidet die formale Verleihung der Gesetzeskraft scharf von dem Inhalt der zu treffenden Regelung, formalisiert dadurch den Gesetzesbegriff und faßt die durch den Gesetzgeber der Regierung erteilte „Ermächtigung“ nicht als eine delegation, sondern als eine habilitation auf. Das Wort habilitation entspricht dem deutschen Wort „Ermächtigung“ besser als das auch in Deutschland noch übliche Wort „Delegation“. Überhaupt kommt die Konstruktion von Carré de Malberg der vor dem Weltkrieg in der deutschen

---

[11] Weil die Befugnis des Delegierten mit der des Delegierenden wesensgleich sein muß, können bei einer gewaltenteilenden Verfassung Akte der Exekutive niemals legislativen Charakter haben, Regierungsverordnungen niemals Gesetze sein. Richard Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts Bd. II (1932), S. 227, hat solche Argumentationen der französischen Juristen als „unfruchtbare Begriffsjurisprudenz“ abzutun versucht, aber die Theorie Esmeins ist nicht nur vom Standpunkt einer liberalen, das heißt gewaltenteilenden Verfassung juristisch folgerichtig, sondern hat auch mit gutem politischem Instinkt erkannt, daß es hier um eine Lebensfrage des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates geht.

[12] *Tingsten,* S. 19 f.

[13] La loi, expression de la volonté générale, Paris 1931 (von *Tingsten* nicht berücksichtigt).

Staatslehre herrschenden, von Seydel, Laband u. a. vertretenen Ermächtigungslehre nahe, die in ähnlicher Weise den Inhalt der Regelung von der formalen Gesetzeskraft trennte und es dem allmächtigen Gesetzgeber überließ, durch seine Ermächtigung in unbeschränktem Umfang einem von einer anderen Stelle zu bestimmenden Inhalt die formale Gesetzeskraft zu liefern.

Anfang Juni 1935 erhob sich die Frage der legislativen Ermächtigungen und der „pleins pouvoirs“ von neuem. Die Regierung Flandin legte einen Gesetzentwurf vor, der sie ermächtigte, bis zum 31. Oktober 1935 mit Gesetzeskraft alle Anordnungen zu treffen, die „geeignet wären, eine Gesundung der öffentlichen Finanzen, eine Wiederbelebung der wirtschaftlichen Aktivität und eine Unterdrückung von Gefährdungen des öffentlichen Kredits zu bewirken“. Die Regierung Flandin ist über diese, ebenso wie die folgende Regierung Bouisson über eine ähnliche Vorlage gestürzt. Die am 8. Juni 1935 gebildete Regierung Laval erhielt aber eine immerhin noch weitgehende Ermächtigung[14]. Bei dieser Auseinandersetzung zeigte sich ein Doppeltes: erstens der unüberbrückbare Gegensatz zwischen dem Gesetzesbegriff eines parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und der durch die Entwicklung der letzten Jahrzehnte notwendig gewordenen und trotz aller konstitutionellen Bedenken sich durchsetzenden Regierungsgesetzgebung; zweitens die für die konkrete Verfassungslage entscheidende Tatsache, daß die eigentlichen Bedenken nicht mehr die verfassungsrechtliche Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Ermächtigungsgesetzen betrafen (darüber war man in der Sache längst hinweggegangen), sondern daß es sich nur um die parteimäßige Zusammensetzung der Regierung handelte, die solche weitgehenden Ermächtigungen erhalten sollte.

3. Die berühmte, folgenreiche Entscheidung des höchsten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten von Amerika, Schechter v. United States, vom 27. Mai 1935[15] präzisiert in einer für die Denkart des gewaltenteilenden

---

[14] Entwurf *Flandin:* „Le Sénat et la Chambre des députés délèguent au gouvernement le pouvoir de prendre jusqu'au 31 octobre 1935 toutes dispositions ayant force de loi propres à réaliser l'assainissement des finances publiques, la reprise de l'activité économique, la défense du crédit public et le maintien de la monnaie. Ces décrets, pris en conseil des ministres, seront soumis à la ratification des chambres avant le 31 juillet 1936.“ Entwurf *Bouisson:* „En vue d'éviter la dévaluation de la monnaie, le Sénat et la Chambre des députés autorisent le gouvernement à prendre par décret, jusqu'au 31 octobre 1935, toutes dispositions ayant force de loi pour battre contre la spéculation et défendre le franc. Ces decrets, etc. …“ Entwurf *Laval* (der Gesetz wurde): „En vue d'éviter la dévaluation de la monnaie, le gouvernement est autorisé par le Sénat et la Chambre des Députés à prendre, jusqu'au 31 octobre 1935, toutes dispositions ayant force de loi propres à realiser l'assainissement des finances publiques, à provoquer la reprise de l'activité économique, à prévenir et à reprimer les atteintes au crédit public. Ces décrets, etc. …“.

[15] 55 S. Ct. 837; vgl. diese Zeitschrift Bd. V, S. 701 ff.

Konstitutionalismus klassischen Weise den amerikanischen Standpunkt zu dem Problem der gesetzgeberischen Ermächtigungen. Auf Grund der weitgehenden Delegationen des National Industrial Recovery Act vom 16. Juni 1933 hatte der Präsident der Vereinigten Staaten, unter der Mitwirkung von wirtschaftlichen Verbänden, eine Neuordnung und Regulierung des sozialen und wirtschaftlichen Lebens der Vereinigten Staaten begonnen und ein großes wirtschaftliches und soziales Gesetzgebungswerk in Hunderten von verbindlich erklärten Vereinbarungen (sog. Codes) geschaffen[16]. Die Ermächtigungen des National Recovery Act erstreckten sich in der Tat auf das ganze Wirtschaftsleben; nähere Richtlinien gibt der Gesetzgeber nicht und hätte er in der gegebenen Sachlage auch nicht geben können, ohne sich selbst in eine Regierung zu verwandeln. Der Recovery Act spricht daher nur ganz allgemein von der Politik (policy) des Kongresses, für das Gemeinwohl durch die Organisation von Wirtschaftsgruppen zu sorgen, unanständige Methoden des Wettbewerbs zu verhindern und die Produktionskraft der Industrie zu fördern[17]. Der höchste Gerichtshof, der vorher einige kleinere und engere Ermächtigungen als zulässig hatte durchgehen lassen, erklärte in seiner Entscheidung vom 7. Januar 1935 (Panama Refining Co. v. Ryan, 55 Supreme Court S. 241) zuerst die Sektion 9 (Oilregulations) des National Industrial Recovery Act für verfassungswidrig. In seiner Entscheidung vom 27. Mai 1935 (Schechter v. Unites States) erklärte er dann die gesamten Ermächtigungen der National Recovery Act für verfassungswidrig, mit der Begründung, daß der Gesetzgeber seine Gesetzgebungsbefugnis nicht Wirtschaftsverbänden übertragen und auch dem Präsidenten nur hinsichtlich ihres Gegenstandes und ihres Zweckes bestimmte und begrenzte, vom Gesetzgeber selbst bereits normierte Befugnisse übertragen dürfe, während es unzulässig sei, unter allgemeiner Angabe irgendwelcher Ziele den Präsidenten nach seinem Ermessen, nach seiner „unfettered discretion", zum Gesetzgeber zu machen. Ausdrücklich wird in einer ganz allgemeinen, grundsätzlichen Weise betont, daß eine außergewöhnliche Lage keine erweiterten Befugnisse schaffe („extraordinary conditions do not create or enlarge constitutional powers"). In der Concurring Opinion eines besonders berühmten Mitgliedes des Gerichtshofes, des Mr. Justice Cardozo, in der die Argumente des Urteils grundsätzlich zugespitzt sind, wird besonders betont, daß die Ermächtigung des Gesetzes von 1933 nicht tatbestandsmäßig bestimmte, durch die Bezug-

---

16 Zusammengestellt in: A Handbook of NRA, herausgegeben von *Lewis Mayers,* mit Ergänzungsbänden, 2. Aufl. 1934.

17 „To provide for the general welfare by promoting the organization of industry for the purpose of cooperative action among trade groups, to induce and maintain united action of labour and management under adequate governmental sanctions and supervision, to eliminate unfair competitive practices, to promote the fullest possible utilization of the present productive capacity of industry".

nahme auf einen „Standard“ zu identifizierende Handlungen betreffe[18]. Diese Auffassung von den Grenzen der Ermächtigungsmöglichkeit kommt den unten behandelten, von Triepel und Poetzsch-Heffter vertretenen deutschen Theorien der Nachkriegszeit nahe, die gleichfalls jede nicht auf ein „bestimmtes“ Sachgebiet beschränkte, nicht im wesentlichen vom Gesetzgeber selbst geregelte Ermächtigung als verfassungswidrige Einführung eines „vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens“ ansahen und dadurch in die Problematik der „inhaltlichen Bestimmtheit“ hineingerieten. Auch zu dem Begriff des „anständigen Wettbewerbs“, der „fair competition“, betont der Gerichtshof, daß dies nicht etwa eine Vorstellung sei, die durch den der bisherigen Gesetzgebung und Rechtspraxis geläufigen Begriff des „unlauteren Wettbewerbs“ (der „unfair competition“) präzisiert werde; es handle sich eben nicht um die Unterdrückung unlauteren Wettbewerbs im Sinne des bisherigen Rechts, d. h. nicht um einen nur negativ und repressiv gedachten Tatbestand, sondern die Ermächtigung habe positiv sowohl die Planung von Verbesserungen wie die Unterdrückung von Mißbrauch (the planning of improvements as well as the extirpation of abuses) im Auge. In der Tat entspricht es der Logik eines auf feste Tatbestände gerichteten positivistischen Rechtsdenkens, daß es nur negativ den unlauteren, nicht aber positiv den lauteren Wettbewerb als „präzisen Rechtsbegriff“ ansehen kann. Darum sagt die Begründung in ihrem folgenden Satz von ihrem Verfassungs- und Gesetzesbegriff aus mit Recht: durch eine solche Ausdehnung (vom negativ-repressiven zu einem positiven Begriff) würde fast der ganze Bereich einer industriellen Regulierung erfaßt: the extension becomes as wide as the field of industrial regulation, womit die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit einer solchen Delegation für den gewaltenteilenden Verfassungsstaat und seinen Gesetzesbegriff erwiesen ist.

II.

Die deutsche Entwicklung verdient deshalb besondere Beachtung, weil in ihr alle denkbaren Antworten auf unsere Frage gegeben worden sind, von der grundsätzlichen Ablehnung jeder gesetzgeberischen Delegation und der entgegengesetzten, ebenso grundsätzlichen Annahme der Zulässigkeit jeder, auch der unbegrenzten Ermächtigung, über das Zwischenstadium der Zulässigkeit inhaltlich begrenzter Ermächtigungen, bis zu der verfassungsrechtlichen Aufhebung der gewaltenteilenden Trennung von Legislative und Exekutive, d. h. bis zur Praxis der eigentlichen Regierungsgesetzgebung.

---

[18] Here in the case before us, is an attempted delegation not confined to any single act nor to any class or group of acts identified or described by reference to a standard.

1. Das Verfassungsrecht der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts ging auch in Deutschland von einem scharfen Gegensatz zwischen Legislative und Exekutive aus. Daher war auch hier die Ansicht möglich, daß jede legislative Delegation grundsätzlich verfassungswidrig sei, eine Theorie, die der Jurist des älteren preußischen Konstitutionalismus, L. v. Rönne, vertreten hat. Die spätere Entwicklung hat sich ohne große Argumentationen darüber hinweggesetzt. Die bis zur Weimarer Verfassung herrschende Lehre des Bismarckschen Verfassungsrechts hielt gesetzgeberische Ermächtigungen für grundsätzlich grenzenlos zulässig, weil es nach ihrer Auffassung inhaltliche Schranken für den Gesetzgeber nicht gab[19]. Sie trennte die formale gesetzliche Grundlage, die das Ermächtigungsgesetz liefert, von dem Inhalt der materiellrechtlichen Regelung, den die ermächtigte Stelle bestimmt. Diese wird also infolge der Ermächtigung nicht zum Gesetzgeber, sondern bleibt ein im Bereich der „Exekutive" tätiges Hilfsorgan des gesetzgeberischen Willens, auch wenn sie einen noch so weiten Spielraum für die Bestimmung des Inhaltes dieses Willens hat. Nach dieser Konstruktion handelt es sich also bei einem Ermächtigungsgesetz überhaupt nicht um eine Übertragung gesetzgeberischer Befugnisse und daher auch nicht um eine „Delegation" im eigentlichen Sinne.

Diese Auffassung wurde von der weitaus überwiegenden Zahl der angesehensten Staatsrechtslehrer – Seydel, Laband, G. Jellinek, Meyer-Anschütz – vertreten. Die oben erwähnte entgegengesetzte Ansicht von Rönne, die aus den ersten Zeiten des monarchischen Konstitutionalismus stammte, konnte von Meyer-Anschütz (Lehrbuch, S. 672, Anm. 7) mit wenigen Worten als „völlig unbegründet" abgetan werden. Der damals führende Staatsrechtslehrer Laband sagte in seinem „Staatsrecht des Deutschen Reiches" (5. Aufl. Bd. II, 1911, S. 96 u. 107):

> „Der Gesetzgebung ist keine Schranke auferlegt, daß sie nicht auch Anordnungen über die Aufstellung von Rechtsvorschriften treffen dürfte. Art. 5 („Die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch den Bundesrat und den Reichstag") enthält lediglich eine Bestimmung, in welcher Form die Reichsgesetzgebung ausgeübt wird, aber keine Vorschrift, worin der Inhalt eines Reichsgesetzes bestehen müsse oder nicht bestehen dürfe. Ein Gesetz kann demnach, anstatt unmittelbar Rechtsregeln aufzustellen, Anordnungen darüber enthalten, wie gewisse Rechtsregeln erlassen werden sollen. Es liegt hierin keine Verletzung oder Aufhebung, sondern eine besondere Anwendung der im Art. 5 gegebenen Vorschrift. … Der Kreis der durch Verordnungen zu regelnden Rechtsbeziehungen kann ein sehr weiter sein; ein Gesetz kann möglicherweise weiter nichts enthalten als die Anordnung, daß eine gewisse Materie durch Verordnung normiert werden soll".

---

[19] Für die Beurteilung der konkreten Bedeutung dieser Lehre ist dabei zu beachten, daß die Teilung, die zum konstitutionellen Denken gehört, in den Gesetzgeber selbst verlegt war, indem das Gesetz dieser konstitutionellen Monarchie in der Sache ein Kompromiß zwischen königlicher Regierung und Parlament als gleichberechtigten Partnern war.

Der Ausdruck „gewisse Materie“ bedeutet hier nicht etwa die Forderung einer „bestimmten Materie“ im Sinne einer inhaltlichen Begrenzung, sondern besagt nur, daß die Ermächtigung natürlich irgendwie angeben muß, worauf sie sich bezieht[20]. Die Freiheit des Gesetzgebers, Ermächtigungen zu Rechtsverordnungen zu erteilen, unterlag keiner anderen verfassungsrechtlichen Beschränkung als zwei „Vorbehalten“: erstens dem Vorbehalt eines verfassungsändernden Gesetzes für solche Verordnungen, die ihrem Inhalt nach verfassungsänderndes Recht schaffen sollten; zweitens dem Vorbehalt eines Gesetzes im formellen Sinne für diejenigen Fälle, in welchen ein Gesetzesvorbehalt der Verfassung als förmlich und zwingend betrachtet wurde, z. B. nach damals herrschender Auffassung die in der Form eines Gesetzes erfolgende Genehmigung des jährlichen Reichshaushaltsplans.

Die Praxis stimmte mit dieser Auffassung überein. Bei Ausbruch des Krieges wurden dem Bundesrat ohne Aufzählung bestimmter Sachgebiete weitgehende Ermächtigungen erteilt. In § 3 des Reichsgesetzes über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen vom 4. August 1914 (RGBl. S. 327) heißt es:

> „Der Bundesrat wird ermächtigt, während der Zeit des Krieges diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, welche sich zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen. Diese Maßnahmen sind dem Reichstag bei seinem nächsten Zusammentritt zur Kenntnis zu bringen und auf sein Verlangen aufzuheben.“

Auf Grund dieser Ermächtigungen sind zahllose Verordnungen ergangen. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung ist niemals in Zweifel gezogen worden. In der amtlichen Begründung zu dem Gesetz heißt es allerdings: „Änderungen der sozialpolitischen und Arbeiterschutz-Gesetze kommen dabei nicht in Betracht.“ Das war aber nur zur Beruhigung der Arbeiterparteien bestimmt und sollte die Versicherung enthalten, daß keine antisozialen Anordnungen beabsichtigt waren[21]. Auch abgesehen davon, daß die zu einem verfassungsändernden Gesetz erforderliche Mehrheit (Art. 78 der RV. vom 18. Januar 1871) im Bundesrat vorhanden war und außerdem damals die Praxis der „nicht kenntlich gemachten“ Verfassungsänderungen herrschte, hat man die Zulässigkeit einer derartig weitgehenden, inhaltlich so gut wie grenzenlosen Ermächtigung damals in Deutschland überhaupt nicht als ein verfassungsrechtliches Problem empfunden und höch-

---

[20] Dasselbe gilt für ähnliche Ausdrücke bei anderen Autoren dieser Zeit; die schrankenlose Delegationsbefugnis des schrankenlosen Gesetzgebers stand außer Zweifel; vgl. *Triepel,* Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, S. 19.

[21] *Schiffer,* Die Diktatur des Bundesrates, Deutsche Juristenzeitung 1915 (Bd. XX), Sp. 1158–1163.

stens bei einzelnen Verordnungen in Zweifel gezogen, ob sie wirklich wirtschaftlichen Charakter hatten, d. h. unter das Ermächtigungsgesetz fielen[22].

2. Unter der Weimarer Verfassung wurde diese Verordnungspraxis unter dem Druck der politischen und wirtschaftlichen Schwierigkeiten (Erfüllung des Versailler Vertrages, Demobilmachung, Revolution, Reparationen, Inflation und Deflation) weitergeführt. Die Weimarer Nationalversammlung gab der Reichsregierung nicht nur Vollmachten zur Ausführung des Friedensvertrages (Gesetz vom 30. Juli 1919, RGBl. S. 1530), sondern hatte auch bereits unter dem 17. April 1919 (RGBl. S. 394) ein Gesetz „über die vereinfachte Form der Gesetzgebung für die Zwecke der Übergangswirtschaft" erlassen, in welchem die Reichsregierung ermächtigt wurde, mit Zustimmung gewisser Ausschüsse „diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, welche sich zur Regelung des Übergangs von der Kriegswirtschaft in die Friedenswirtschaft als notwendig und dringend erweisen". Es folgten zahlreiche weitere Ermächtigungsgesetze, von denen allerdings die beiden wichtigsten, nämlich das Reichsgesetz vom 13. Oktober 1923 (RGBl. S. 943) und das vom 8. Dezember 1923 (RGBl. S. 1179), als nicht kenntlich gemachte verfassungsändernde Reichsgesetze ergingen, das erste, weil es die Regierung auch zu verfassungsändernden Verordnungen ermächtigte, das zweite, weil sich inzwischen eine neue, nur begrenzte Ermächtigungen zulassende Theorie durchgesetzt hatte.

Der vom Reichsgesetzgeber gebrauchte Ausdruck „vereinfachte Gesetzgebung" sowie das Wort „gesetzliche" Maßnahmen legten die Ansicht nahe, daß es sich bei diesen Ermächtigungen um etwas qualitativ anderes als um die bekannten Rechtsverordnungen zur „Ausführung" oder auch zur „Ergänzung" eines Gesetzes handle. Jene Ausdrücke schienen zu beweisen, daß die ermächtigte Regierung zum Gesetzgeber gemacht werde und, ohne verfassungsrechtliche Zuständigkeit, nur auf Grund eines einfachen Ermächtigungsgesetzes, die Rolle des Gesetzgebers übernehme. Das erschien als ein „Einbruch in die Gesetzgebungszuständigkeit des Reichstags". Allerdings konnte man schon aus praktischen Gründen die Zulässigkeit von Ermächtigungen nicht einfach verneinen, und die vereinzelten Versuche, jedes Ermächtigungsgesetz für verfassungsändernd zu erklären, blieben ohne Erfolg. Andererseits aber hatte man rechtsstaatliche Besorgnisse wegen der kaum noch übersehbaren Ausdehnung des Verordnungsrechtes und der darin liegenden Macht der Ministerialbürokratie, deren „Bäume in den Himmel zu wachsen" schienen. Bereits Anfang 1921 wurde der Antrag gestellt, die Verfassung zu ändern und neben dem gewöhnlichen noch ein vereinfachtes Ge-

---

22 *Schmidt,* Zur Theorie der Kriegsnotgesetze, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 37 (1915/16), S. 69.

setzgebungsverfahren ausdrücklich durch die Verfassung für zulässig zu erklären (Antrag Schiffer Nr. 1381/2 vom 27. Januar 1921). Auf dem 32. Deutschen Juristentag in Bamberg (September 1921) bezeichnete der Berichterstatter Prof. H. Triepel die damalige Verordnungspraxis als einen „Unfug ohnegleichen"; er vertrat die These: „Das Gesetz kann Ermächtigungen nur im Dienst bestimmter Zwecke für ein bestimmtes Lebensverhältnis erteilen." Die weitere Folgerung aus dieser Ansicht ist typisch: es wird strenge Handhabung des richterlichen Nachprüfungsrechts verlangt, d. h. der Staat verwandelt sich in einen der Kontrolle unabhängiger Richter unterliegenden Justizstaat. Der Mitberichterstatter dieses Juristentages, der bekannte Kommentator der Weimarer Verfassung, Fritz Poetzsch-Heffter[23], erklärte jede „vereinfachte Gesetzgebung" für einen verfassungswidrigen Einbruch in die Gesetzgebungsgewalt des Reichstages; er unterschied die im Wege der „vereinfachten Gesetzgebung" zustande gekommenen gesetzlichen Bestimmungen von den Rechtsverordnungen, die er als bloße „Ausführungs- oder Ergänzungsbestimmungen zu einem durch Gesetz bereits geregelten Gegenstand" von den Verordnungen der „vereinfachten Gesetzgebung" abzugrenzen suchte. Die Unterscheidung zwischen abhängigem und selbständigem Verordnungsrecht war sehr unsicher und unklar, wurde aber in der Rechtslehre vielfach übernommen[24]. Dagegen hielt der führende Kommentar von Anschütz an der „altrechtlichen" Lehre von Seydel und Laband fest[25].

Die Einwirkung der einschränkenden Theorie auf die innerpolitische Entwicklung der Jahre 1922–1932 war außerordentlich bedeutungsvoll. Die Verordnungspraxis des Reiches wurde von dem Weg parlamentarischer Ermächtigungen auf den Weg der sog. Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, d. h. der Verordnungspraxis nach Art. 48 Abs. 2 gedrängt. Es darf nicht übersehen werden, daß die neue Lehre, die unter dem Eindruck der deutschen Verfassungslage der Zeit von 1919 bis 1924 entstand, ihren Sieg vor allem föderalistischen Interessen verdankte, deren Organ der Reichsrat war, dem eine wirksame Verordnungspraxis der Reichsregierung unitarisch und zentralistisch erschien. Die Lehre von Triepel und Poetzsch-Heffter, die einen großen Erfolg hatte, ist dadurch gekennzeichnet, daß sie vor allem das „rechtsstaatliche" Erfordernis einer Abgrenzung im Auge hat. Sie lenkte

---

[23] Kommentar 3. Aufl. S. 300, ferner Jahrbuch des öffentl. Rechts XIII, 1925, S. 206 und 227 ff.

[24] Z. B. von Gustav Adolf *Walz,* Staatsrecht in der systematischen Darstellung des gesamten deutschen Rechts, 1932, S. 392.

[25] Der Kommentar von *Giese* (8. Aufl. 1931, S. 195) lehnte die Unterscheidung von „vereinfachten Gesetzen" und „Rechtsverordnungen" ebenfalls ab und ließ durch ein einfaches Gesetz Ermächtigungen auch zu „weitergehenden" Verordnungs-Befugnissen zu, doch müsse der „Umfang der Maßnahmen eindeutig umschrieben" sein.

darum die nach Lage der Dinge nun einmal unvermeidliche Verordnungspraxis aus der Scylla der Ermächtigungsgesetze in die Charybdis der Notverordnungen. Der Kampf gegen die Ministerialbürokratie war praktisch nicht zu gewinnen, und die aufgestellten Abgrenzungen führten im Ergebnis nur dazu, daß für jede wirksame Ermächtigung eine verfassungsändernde, d. h. bei der damaligen parteipolitischen Zersplitterung des Parlaments ganz utopische Zweidrittelmehrheit verlangt wurde. Der theoretische Vorzug der „alten“ Lehre bestand darin, daß sie formale und materielle Gesichtspunkte nicht verwechselte. Auch praktisch-politisch gesehen, ist es vom Standpunkt einer gewaltenteilenden Verfassung aus richtiger, die eigentliche Abgrenzung nicht in inhaltlichen Schranken, sondern nur darin zu suchen, daß die Rangverschiedenheit zwischen dem ermächtigenden Gesetzgeber und der ermächtigten Regierung gewahrt bleibt, d. h. daß durch eine wirksame Kontrolle, insbesondere durch das Recht des Parlaments, Aufhebung der getroffenen Verordnungen zu verlangen, die Unterordnung der ermächtigten Regierung unter den Willen des ermächtigenden Parlaments sichergestellt wird. Die neue Ermächtigungstheorie dagegen litt an dem Mangel, den alle Konstruktionen haben, die auf einer inhaltlichen Abgrenzung, also auf dem Erfordernis eines bestimmten Sachgebietes oder Zweckes oder auf der Unterscheidung selbständiger und abhängiger Normierungen aufgebaut sind. Sie geriet dadurch in das Dilemma, das oben (I, 2) bereits für die vermittelten Theorien des französischen Verfassungsrechtes festgestellt und das aus folgenden Gründen unvermeidlich ist:

a) Die Trennung von unselbständigen Ausführungs- oder Ergänzungsverordnungen, bei denen der Gesetzgeber selbst die gesetzliche Regelung inhaltlich bereits getroffen hat, und selbständigen Verordnungen, bei denen der Gesetzgeber selbst die inhaltliche Regelung nicht getroffen hat, sondern einer anderen Stelle überläßt, verwendet immer den unbestimmten Zwischenbegriff der „Ergänzungsverordnung“ in einer Weise, die das Unklare und Ungenaue dieser Abgrenzung sofort sichtbar werden läßt. Wenn es grundsätzlich unzulässig sein soll, die inhaltliche gesetzliche Regelung einer anderen Stelle zu überlassen, so muß diese Unzulässigkeit auch dann gelten, wenn der ermächtigende Gesetzgeber die Überlassung auf ein bestimmtes Sachgebiet oder Lebensverhältnis noch so eng beschränkt. Ist aber, wie nach der alten Lehre, die Überlassung der inhaltlichen Regelung grundsätzlich zulässig, so kann es nur Sache des Gesetzgebers selbst sein, zu bestimmen, wieweit er den Inhalt der Regelung, für die er die formal-gesetzliche Grundlage liefert, der ermächtigten Regierung überlassen will. Jedenfalls ist, soweit der Gesetzgeber die inhaltliche Regelung selber bereits getroffen hat, überhaupt kein Raum für Ermächtigungen mehr; soweit er sie nicht selber getroffen hat, kann ohne Rücksicht auf den Umfang der offenbleibenden inhaltlichen Regelung eine Ermächtigung entweder nur zulässig oder unzulässig,

nicht aber etwa für eine halb oder viertel offenbleibende Regelung zulässig und für den Rest unzulässig sein.

b) Die Abgrenzung, die durch das Erfordernis eines bestimmten Sachgebietes, Lebensverhältnisses oder Zweckes eintritt, ist nur scheinbar bestimmt, in Wirklichkeit überaus unbestimmt und relativ. Begriffe wie „Sachgebiet“, „Lebensverhältnis“, „Zweck“ usw. sind immer von der Lage der Sache abhängig; alle Sachgebiete und Lebensverhältnisse durchdringen und bestimmen sich gegenseitig. Soweit der Gesetzgeber nicht selbst durch eine genaue Regelung das Sachgebiet im juristischen Sinne selber genau umgrenzt hat, kann man bei einer schwierigen und wechselnden Sachlage theoretisch immer darüber streiten, ob das, was für die Regelung offenbleibt, wirklich ein „bestimmtes“ Sachgebiet usw. ist oder nicht. Das gesamte bürgerliche Recht z. B. ist im Verhältnis zum Staatsrecht, Prozeßrecht, Verwaltungsrecht usw. ein „bestimmtes“ Sachgebiet; im Verhältnis zum gesamten bürgerlichen Recht wiederum ist etwa nur das Sachenrecht ein bestimmtes Sachgebiet, in diesem nur das Hypothekenrecht usw. Manches Sachgebiet wird durch die Angabe eines bestimmten Zweckes oder durch den Hinweis auf eine Sachlage überhaupt erst geschaffen. „Reform“, „Anpassung“, „Angleichung“, „Beseitigung einer Notlage“ sind je nachdem Sachgebiete, Lebensverhältnisse, Zwecke usw. Daß der ermächtigende Gesetzgeber bei der Erteilung seiner Ermächtigung irgendein derartiges Sachgebiet, einen Zweck oder dgl. angibt, versteht sich von selbst, weil sonst seine Ermächtigung überhaupt unverständlich wäre. Dagegen enthält das Erfordernis eines bestimmten Sachgebietes, Lebensverhältnisses usw., näher betrachtet, überhaupt keine bestimmte Abgrenzung, sondern ist nur eine leere Umschreibung und Wiederholung der Forderung, daß eine bestimmte Abgrenzung vorliegen müsse.

c) Seinen eigentlichen Sinn hat das Erfordernis eines „bestimmten Sachgebiets“ nur darin, daß es eine mittlere Meinung darstellt, einen Kompromiß zwischen den beiden Extremen einer allzu eng erscheinenden grundsätzlichen Unzulässigkeit jeder Ermächtigung und einer grenzenlosen, die Gefahr der Auflösung der Unterscheidung von Legislative und Exekutive mit sich bringenden grundsätzlichen Zulässigkeit jeder Ermächtigung. Alle Bestimmungen der Grenzen des zulässigen Umfangs einer gesetzgeberischen Ermächtigung können nur von dem praktischen Zweck eben dieser Ermächtigung her bestimmt werden. Das Reichsgericht hat, ohne besondere verfassungsgesetzliche Grundlage, nur aus dem praktischen Zweck eines Ermächtigungsgesetzes heraus, sogar die Zulässigkeit einer Unterermächtigung des zuständigen Ressortministers durch die ermächtigte Reichsregierung abgeleitet. Die Begründung lautet[26]:

[26] Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 107, S. 318.

„Die Reichsregierung als Ganzes war gar nicht in der Lage, die dringend erforderlichen, umfassenden Anordnungen zur Behebung der auf das äußerste gestiegenen Not des Reiches in allen rechtlichen Einzelheiten selbst zu geben. Sie hätte von dem Ermächtigungsgesetz überhaupt nicht den auch vom Reichstage gewollten Gebrauch machen können, wenn sie nicht wenigstens den Erlaß von Ausführungsbestimmungen den einzelnen Ministern hätte übertragen dürfen."

Was hier für die Unterermächtigung geltend gemacht wird, muß mit noch größerem Recht für die Zulässigkeit der Ermächtigung selbst gelten: ihre inhaltlichen Grenzen dürfen nicht außerhalb der konkreten Notwendigkeiten gesucht werden, die ein Ermächtigungsgesetz erforderlich machen. Daher kann, wenn eine gesetzgeberische Ermächtigung überhaupt zulässig ist, nur der die Ermächtigung erteilende Gesetzgeber, nicht ein außenstehender Dritter, zum Beispiel ein nachprüfendes Gericht, über ihren inhaltlichen Umfang entscheiden.

3. Das Verfassungsrecht des *nationalsozialistischen* Deutschen Reiches hat die gesamte, aus dem gewaltenteilenden Gesetzesbegriff entstehende Problematik der gesetzgeberischen Ermächtigungen hinter sich gelassen. Das Reichsgesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933[27] gibt der Reichsregierung die Befugnis, Gesetze, und zwar auch Gesetze im formellen Sinne, zu erlassen. Damit ist der entscheidende Schritt zur Aufhebung der Trennung von Legislative und Exekutive getan. Von den Begriffen des Weimarer Verfassungsrechts aus gesehen, war das allerdings noch eine gesetzgeberische „Ermächtigung", ein sog. verfassungsänderndes, richtiger: verfassungsbeseitigendes Ermächtigungsgesetz. Aber es war gleichzeitig der legale Hebel, mit dem das bisherige Verfassungssystem und vor allem sein gewaltenteilender Gesetzesbegriff aus den Angeln gehoben und der Boden eines neuen Gesetzesbegriffs erreicht werden konnte. Das Reichsgesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30. Januar 1934 (RGBl. I, S. 75) hat diesen Boden befestigt und insbesondere außer Zweifel gestellt (was für einen Kenner der verfassungsrechtlichen Gesamtentwicklung niemals zweifelhaft gewesen war), daß auch neue Verfassungsgesetze durch einen Beschluß der vom Führer geleiteten Reichsregierung zustande kommen. Damit entfiel eine das gesamte frühere Verfassungssystem beherrschende sog. formelle Unterscheidung von verfassungsändernden, im Sinne von erschwert abänderbaren, und einfachen Gesetzen und war, mit einem neuen Gesetzesbegriff, auch ein neuer Verfassungsbegriff gewonnen.

[27] RGBl. 1933 I, S. 141.

III.

Kein Staat der Erde kann sich heute der Notwendigkeit einer „vereinfachten“ Gesetzgebung entziehen. Die kurze Übersicht über die Gesamtlage dieser Problematik, die hier versucht wurde, läßt sich aber, je nach dem grundsätzlichen Standpunkt des Betrachters, sehr verschieden deuten. Wer in der Denkweise eines gewaltenteilenden Konstitutionalismus verharrt, wird geneigt sein, von einer bloßen Akzentverschiebung zu sprechen und bloße „Tendenzen zur Stärkung der Exekutive gegenüber der Legislative“ (renforcément oder redressément du pouvoir éxecutif) festzustellen, mit deren Hilfe sich der Gesetzesbegriff einer gewaltenteilenden Verfassung außerordentlichen Lagen anpaßt[28]. Eine kühnere Deutung dagegen sieht die Trennung von Legislative und Exekutive bereits überwunden. Diese Deutung ist übrigens auch im Rahmen eines grundsätzlich liberalen Konstitutionalismus möglich. René Capitant, der es sich zur Aufgabe gemacht hat, das parlamentarische System Frankreichs durch vernünftige Reformen zu retten, erklärt in einer Schrift über die Reform des Parlamentarismus[29] Montesquieus überlieferte Trennung von Legislative und Regierung mit aller Entschiedenheit für geschichtlich überwunden und grundsätzlich falsch („une idée fausse“); er sagt mit Recht, daß die sog. décrets-lois wirkliche Gesetze sind; er sieht gerade in weiten Ermächtigungsgesetzen die Rettung des Parlaments und des Parlamentarismus. Gesetzgebung ist für ihn heute wesentlich Regierungssache. „Gouverner c'est légiférer.“ Diese Formel, die auf Stuart Mill zurückgeht und die in der Sache der englischen Auffassung entspricht, faßt den grundsätzlichen Wandel von der isolierten Legislative des gewaltenteilenden Gesetzgebungsstaates zur heutigen Praxis der Regierungsgesetze am klarsten zusammen. Ich halte diese Formel in ihrer überzeugenden Einfachheit für ein bedeutendes Symptom, das erkennen läßt, wie sehr die Verfassungsbegriffe Lockes und Montesquieus überwunden sind und unser Rechtsdenken wieder an Begriffe der vorkonstitutionalistischen Überlieferung der europäischen Geistesgeschichte anknüpft. Denn ein Gesetzesbegriff, der die Gesetzgebung als Sache der Regierung auffaßt, nähert sich dem Gesetzesbegriff eines Aristoteles und eines Thomas von Aquin. Auch nach diesen großen Philosophen ist das Gesetz wesentlich ein Akt der Regierung; es ist, wie Thomas sagt, „nicht die Ratio irgendwelcher Menschen, sondern in spezifischer Weise die praktische Vernunft desjenigen, der die Gemeinschaft führt und regiert“, wesentlich „ratio gubernativa“ und ein „dictamen practicae rationis in principe qui gubernat aliquam com-

---

[28] Dafür ist der Untertitel des Buches von *Tingsten* bezeichnend: l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre.

[29] La Réforme du Parlamentarisme, Paris 1934.

munitatem perfectam"[30]. Selbstverständlich ergeben sich damit neue Formen und neue Fragen des gesetzlichen Ermächtigungsrechts. Aber die spezifische Problematik des gewaltenteilenden Verfassungs- und Gesetzesbegriffs ist überwunden.

Diese Problematik beherrscht heute noch die verfassungsrechtliche Lage in den Vereinigten Staaten von Amerika. In Frankreich ist sie, wie mir scheint, in der Sache überholt und durch die anders gerichtete Frage ersetzt, welcher Regierung weite Ermächtigungen erteilt werden können. In England hat es sie überhaupt nicht gegeben. Schon diese Verschiedenheit der drei großen demokratischen Länder zeigt, daß der „Rechtsstaat" in diesen drei Ländern etwas Grundverschiedenes ist: in England ein common law-Gemeinwesen mit souveränem Parlament; in den Vereinigten Staaten eine Verfassungsunion mit einem das letzte Wort sprechenden höchsten Gerichtshof; in Frankreich ein Gesetzesstaat mit einer die volonté générale repräsentierenden Volksvertretung. Deshalb wäre es unrichtig, die Besonderheiten der zugrunde liegenden Verfassungs- und Gesetzesbegriffe über dem Allgemeinbegriff „Demokratie" zu verkennen, ebenso wie es unwissenschaftlich wäre, die mannigfaltigen Formen und Methoden einer „vereinfachten" Gesetzgebung in den verschiedenen Staaten unter einem Sammelbegriff von „Diktatur" zusammenzufassen und sie dadurch als vorübergehende Abnormitäten zu disqualifizieren. Der rechtswissenschaftlichen Aufgabe, die inneren Entwicklungstendenzen des heutigen Verfassungslebens sachlich zu beurteilen, wird man mit solchen Schlagworten nicht gerecht.

---

[30] Summa theologica 1 pars 2 quae. 90, 91 art. I; ebenso *Suárez,* Tracatus de legibus I § 6/8, wo die Gesetzgebung als ein „actus gubernationis" und ein Ausfluß der „potestas gubernativa" bezeichnet wird.

54. Politik

Hermann Franke (Hg.), Handbuch der neuzeitlichen Wehrwissenschaften, Band 1, Wehrpolitik und Kriegführung, de Gruyter, Berlin/Leipzig 1936, S. 547–549

I. In einem allgemeinen Sinne wird der Begriff „Politik" bisher üblicherweise dadurch bestimmt, daß er auf den *Staat* und *die staatliche Macht* bezogen wird. In dieser Bedeutung des Wortes ist alles politisch, was vom Staat ausgeht oder auf ihn einwirkt. Alle Betätigung des Staates als solchen (Außenpolitik, Innenpolitik, Finanz-, Sozial-, Kommunal- usw. -Politik) ist danach politisch, politische Parteien und Bestrebungen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie auf die staatliche Willensbildung Einfluß hatten oder sich solchen zu verschaffen suchen; Politik als Wissenschaft ist Staatswissenschaft oder Staatslehre; Politik als Kunst ist Staatskunst oder „angewandte Staatslehre". Diese Auffassung geht davon aus, daß der Staat die einzige oder doch die allein wesentliche und normale Erscheinungsform der politischen Welt war. Das trifft in dieser Einfachheit heute nicht mehr zu. Heute ist das *Volk* der Normalbegriff der politischen Einheit. Deshalb bestimmen sich heute alle maßgebenden politischen Begriffe vom Volke her. Politisch ist alles, was die Lebensfragen eines Volkes als eines einheitlichen Ganzen betrifft.

II. Das Wort „Politik" stammt von dem *griechischen Wort* „Polis" und bezeichnet zunächst alles, was auf diese Polis, d. h. auf den antiken griechischen Stadtstaat, und zwar hauptsächlich auf seine innere Ordnung, Bezug hat. Durch die Verbreitung der Lehren der griechischen Philosophen, insbesondere die beiden großen staatsphilosophischen Werke, die „Politeia" des Platon und die „Politik" des Aristoteles, ist das Wort in den Sprachgebrauch aller europäischen Völker übergegangen. Aus der gemeinsamen sprachlichen Wurzel „Polis" spalten sich aber seit der Ausbildung des modernen Staates die beiden Worte Polizei und Politik ab. Polizei bedeutete in der absoluten Monarchie des 17. und 18. Jahrhunderts eine *inner*staatliche, auf die Wohlfahrt der Untertanen und die Aufrechterhaltung der guten Ordnung gerichtete Tätigkeit der inneren Verwaltung; bei dem Wort „Politik" dachte man mehr an Kabinettspolitik, „hohe Politik", also an Außenpolitik. Während in dieser Weise für das 18. Jahrhundert Politik (zum Unterschied von Polizei) vor allem Außenpolitik war, trat mit dem Beginn der liberaldemokratischen Verfassungskämpfe des 19. Jahrhunderts die Innenpolitik in den Vordergrund des Bewußtseins. Berühmte wissenschaftliche Lehrbücher der Politik (so die 1835 erschienene „Politik" von F. C. Dahlmann, die „Grundzüge der Politik" von G. Waitz, 1862, und die 1892 erschienene „Politik" von W. Roscher)

behandeln hauptsächlich innenpolitische Verfassungsfragen, besonders die überlieferte Lehre von den „Staatsformen" (Monarchie, Aristokratie und Demokratie). Nur in Heinrich von Treitschkes „Politik" (Vorlesungen, gehalten an der Universität Berlin; herausgegeben 1898) zeigt sich ein starker Sinn dafür, daß der Staat auch nach außen hin, nötigenfalls durch das Mittel des Krieges, seine Macht und Existenz behaupten muß.

In dem Maße also, in dem der Staat von Parteikämpfen zerrissen wird, erscheint nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens die Innenpolitik als der eigentliche Kern und Inhalt des Politischen überhaupt (Primat der Innenpolitik). Der deutsche Staat des 19. Jahrhunderts war ein Militär- und Beamtenstaat, in dem eine starke, von den politischen Parteien unabhängige Regierung einer Volksvertretung (Parlament) gegenüberstand; dieser Staat war nach Fürst und Volk dualistisch aufgebaut; daher hielt man damals das Verhältnis von fürstlicher Regierung und parlamentarischer Volksvertretung für die eigentlich politische Angelegenheit. In einem von einer Mehrzahl festorganisierter Parteien beherrschten Staat (im sog. pluralistischen Parteienstaat) ist der einheitliche Gesamtwille das Produkt (oft sogar nur das Abfallprodukt) der wechselnden Koalitionen und Kompromisse dieser Parteien. In dieser Lage wird der auf eine Koalition oder einen Kompromiß gerichtete Parteibetrieb zum Inhalt der Innenpolitik, ja der Politik überhaupt. Der Staat des Weimarer Systems 1919–1933 war in typischer Weise ein solcher pluralistischer Parteienstaat. Infolgedessen wurde hier politisch und parteipolitisch im täglichen Sprachgebrauch nicht unterschieden. Politik ist dann wesentlich „Ausgleich", d.h. die auf die Herbeiführung eines erträglichen Kompromisses gerichtete Tätigkeit. Adolf Hitlers Buch „Mein Kampf" setzt schon mit seinem Titel dieser Denkweise einen anderen Begriff des Politischen entgegen.

III. Der Inhalt der Worte „Politik", „politisch" und „unpolitisch" ist demnach offensichtlich von der wechselnden Lage abhängig. Deshalb ist es auch kein Widerspruch, daß Bismarck zu seiner Zeit die Politik als die „Kunst des Möglichen" bezeichnete, während unter dem Eindruck der Erfolge der Politik Adolf Hitlers die Politik als die „Kunst das unmöglich Scheinende möglich zu machen" (J. Goebbels) bestimmt werden konnte. Es hat aber nicht an Versuchen gefehlt, ein bestimmtes Sachgebiet oder eine bestimmte „Materie" zu finden, die als solche politisch ist und von anderen Sachgebieten (z.B. von Wirtschaft, Technik, Recht, Kriegführung, Moral, Religion) ohne weiteres sachinhaltlich abgegrenzt ist. Im Völkerrecht hat man sich lange darum bemüht, den Bereich einer unpolitischen Schiedsgerichtsbarkeit zu umschreiben und gewisse, aufgezählte Angelegenheiten als „politische" Fragen von unpolitischen „Rechtsfragen" zu unterscheiden. Alle Versuche einer derartigen Aufzählung der Angelegenheiten, die auf jeden Fall unpolitisch sein sollten, sind erfolglos geblieben. Auf den beider Haager Friedenskonferenzen von

1899 und 1907 wurde z. B. der Vorschlag gemacht, eine Liste der „von Natur“ und auf jeden Fall unpolitischen Angelegenheiten aufzustellen; diese Liste wußte schließlich nur ganz unbedeutende, fast belanglose Angelegenheiten aufzuzählen (z. B. Hilfeleistungen an unbemittelte Kranke), und selbst diese standen noch unter „Vorbehalten“, wie der nationalen Ehre oder der lebenswichtigen Interessen, d. h. eben unter dem unausrottbaren Vorbehalt des Politischen.

Die geschichtliche Erfahrung lehrt, daß in den Auseinandersetzungen der Völker und Parteien oft kleine und nebensächliche Angelegenheiten zu Streitpunkten des Kampfes und damit zu hochpolitischen Fragen werden. Eine sonst vielleicht bedeutungslose Geste oder Redensart, ein harmloses Lied oder ein Abzeichen, wird politisch, sobald es in die Kampfzone der streitenden Gegensätze hineingerät. So erklärt es sich, daß z. B. durch die Befehle vom 2. August 1922 und 15. August 1924 der Reichswehr nicht nur das Tragen politischer Abzeichen im und außer Dienst, sondern auch das Spielen von Militärmärschen, auf deren Melodien von nicht-militärischer Seite parteipolitische Texte gesungen wurden, als politische Betätigung verboten wurden. In angelsächsischen Ländern, wo den Beamten des sogenannten Civil Service jede politische Betätigung verboten ist, finden sich zahlreiche ähnliche Beispiele dafür, daß auch „an sich“ harmlose Handlungen des Beamten und sogar seiner Frau in einer bestimmten Lage politischen Charakter annehmen können. Auch die jahrhundertelangen Auseinandersetzungen zwischen Staat und Kirche zeigen, daß die Abgrenzung dessen, was politisch und (wegen seines religiösen Charakters) unpolitisch ist, nicht einfach durch Aufzählung gewisser Sachgebiete oder Angelegenheiten im voraus bestimmt werden kann, weil auch „rein religiöse“ Handlungen in einer bestimmten Lage einen politischen Sinn und eine politische Tragweite erhalten.

Die Gegensätze von politisch und religiös, politisch und juristisch, politisch und moralisch, politisch und militärisch usw. enthalten deshalb keine absolut sicheren, unterschiedslos für jede Sachlage geltenden Abgrenzungen. Sie bieten allerdings, bei ruhiger und gefestigter Lage, im allgemeinen brauchbare Anhaltspunkte, um das Politische vom Unpolitischen zu unterscheiden. Es ist aber zu beachten, daß *der Möglichkeit nach Alles politisch* werden kann. Infolgedessen ist die Entscheidung darüber, ob etwas unpolitisch ist, im Streitfalle ebenfalls eine politische Entscheidung. Das beweist, wie sehr heute eine *einheitliche, entscheidungsfähige politische Führung* für jedes Volk notwendig geworden ist, um den Vorrang der politischen Entscheidung (Primat der Politik) gegenüber der Aufspaltung in die verschiedenen Sachgebiete (Wirtschaft, Technik, Kultur, Religion) zu gewährleisten.

IV. Wenn in dem Staat des Weimarer Systems die Reichswehr und das Beamtentum „politisch neutral“ waren, so bedeutete das nur eine parteipoli-

tische Neutralität in dem oben (II.) dargelegten Sinne. „Unpolitisch“ war damals dasselbe wie parteipolitisch neutral. Die Forderung der politischen Neutralität bedeutete in einer solchen Lage zweierlei: einerseits die bloß *instrumentale Neutralität* eines willenlosen Werkzeuges, d.h. die Vorstellung, daß Heer und Beamtentum eine wert- und wahrheitsblinde Vollstreckungsapparatur der wechselnden Koalitionsmehrheiten und der jeweiligen Parteiregierung sein sollten, gleichgültig, ob diese national oder international, wehrhaft oder wehrfeindlich war. Das meinte der viel zitierte Ausspruch eines Reichsgerichtsrats im sog. Scheringer-Prozeß 1930: „Die Reichswehr ist das Instrument der Reichsregierung“. Unpolitisch sein hieß danach, auf jeden politischen Willen und jede politische Substanz verzichten. Auf der anderen Seite aber konnte man damals unter einer neutralen und unpolitischen Haltung auch eine *überparteiliche* Haltung verstehen, die gegenüber der parteipolitischen Zerrissenheit des deutschen Volkes den Gedanken der staatlichen *Einheit* wahrte und der Vielheit der parteipolitischen Willen einen einheitlichen staatspolitischen Willen entgegenstellte. Das war die Auffassung der Reichswehr selbst, insbesondere auch ihres Oberbefehlshabers, des Reichspräsidenten von Hindenburg.

Im nationalsozialistischen Führerstaat ist der pluralistische Parteienstaat überwunden und die unbedingte Einheit des politischen Willens hergestellt. Die in der NSDAP organisierte Bewegung ist alleiniger Träger der politischen Führung. Dadurch entfallen die Gegensätze und Auseinanderreißungen, die sowohl den Begriff des „Politischen“ wie auch den des „Unpolitischen“ verwirrt haben. Gegenüber der einheitlichen und klaren politischen Entscheidung gibt es infolgedessen auch keine unpolitische oder überpolitische Neutralität. Wohl aber kann man von einer Entpolitisierung in dem Sinne sprechen, daß dieser Vorrang der politischen Führung und das der Bewegung zustehende „Monopol des Politischen“ unbedingt anerkannt werden und damit jeder Streit über den politischen oder unpolitischen Charakter einer Angelegenheit aufhört.

V. Jede Politik rechnet mit der Möglichkeit von Widerständen, die sie überwinden muß. Sie kann nicht auf den Kampf verzichten und sich auf die Taktik des bloßen Ausgleichens und Ausweichens beschränken. Eine echte „Entpolitisierung“ und einen absolut unpolitischen Zustand hätte nur der erreicht, der grundsätzlich Freund und Feind nicht mehr unterscheiden wollte. Unter Politik wird aber auch die Gestaltung und Herbeiführung der Ordnung und Harmonie eines umfassenden völkischen Ganzen verstanden, innerhalb dessen es keine Feindschaft gibt und das als Ganzes von sich aus Freund und Feind zu bestimmen vermag. Der tiefste Gegensatz in den Auffassungen vom Wesen des Politischen betrifft nun nicht die Frage, ob die Politik auf jeden Kampf verzichten kann oder nicht (das könnte sie überhaupt nicht, ohne aufzuhören, Politik zu sein), sondern die andere Frage, *worin Krieg und Kampf*

ihren Sinn finden. Hat der Krieg seinen Sinn in sich selbst oder in dem durch den Krieg zu erringenden Frieden?

Nach der Auffassung eines reinen Nichts-als-Kriegertums hat der Krieg seinen Sinn, sein Recht und seinen Heroismus in sich selbst; der Mensch ist, wie Ernst Jünger sagt, „nicht auf den Frieden angelegt". Das gleiche besagt der berühmte Satz des Heraklit: „Der Krieg ist der Vater und König von Allem; die einen erweist er als Götter, die anderen als Menschen; die einen macht er zu Freien, die anderen zu Sklaven". Eine solche Auffassung steht als rein *kriegerisch* in einem Gegensatz zu der *politischen* Ansicht. Diese geht vielmehr davon aus, daß Kriege sinnvollerweise des Friedens wegen geführt werden und ein Mittel der Politik sind. Der Krieg ist, wie Clausewitz in seiner Schrift „Vom Kriege" sagt, ein „bloßes Instrument der Politik" und „nichts als eine Fortsetzung des politischen Verkehrs mit Einmischung anderer Mittel". Das ist auch die Auffassung vom Wesen der Politik, die der – gleichzeitig auf Wehrhaftigkeit und Ehre wie auf den Frieden gerichteten – Politik des Führers und Reichskanzlers Adolf Hitler zugrunde liegt.

55. Über die neuen Aufgaben der Verfassungsgeschichte*

Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht, Bd. 3, 1936, S. 10–15

Durch den rechtwissenschaftlichen Studienplan, den der Reichswissenschaftsminister Rust am 10. Januar 1935 in Kraft gesetzt hat, und durch die „Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft“, die am 18. Januar 1935 verkündet wurden, ist die „Verfassungsgeschichte der Neuzeit“ zu einem besonderen Lehrfach erhoben worden. Das neue Fach ist nicht als eine aus Teilstücken, zum Beispiel aus der früheren Rechtsgeschichte, der politischen Geschichte, allgemeinen Staatslehre usw. zusammengesetzte, bloße Materienkombination, sondern als eine wissenschaftliche Einheit gedacht. Die Überwindung der Trennungen und Spezialisierungen, die den rechtswissenschaftlichen Betrieb der letzten Generation kennzeichneten, aber auch die Überwindung der Trennung einer „rein juristischen“ von einer „rein geschichtlichen“ Betrachtungsweise wird durch diese neue Vorlesung zu einer wichtigen und schwierigen Aufgabe des deutschen Rechtslehrers. Es soll ja nicht etwa die Zahl der Spezialgebiete und Disziplinen um eine weitere vermehrt werden, vielmehr ein zusammenfassendes Geschichtsbild entstehen,

* [Die nachfolgende Anmerkung hat Carl Schmitt dem hier abgedruckten Beitrag angefügt, als er ihn in die Sammlung „Positionen und Begriffe“, Berlin 1939, aufgenommen hat, dort S. 316.]

Die Erkenntnis des politischen Sinnes der Redewendung „Form ohne Prinzip“ verdanke ich der Arbeit am Entwurf einer Strafverfahrensordnung in der Wissenschaftlichen Abteilung des NS. Rechtswahrerbundes im Sommer 1936; vgl. die Denkschrift des NS. Rechtswahrerbundes, Neuordnung des Strafverfahrensrechts, Deutscher Rechtsverlag, Berlin 1937, S. 81–111 [in diesem Band S. 431–481]. Diejenigen, die eine offene und sachliche Erörterung des staats- und verfassungsrechtlichen Problems und des jüdischen Einflusses im Zweiten Reich mit der Begründung ablehnen, dadurch werde jüdischen Gelehrten wie Laband zuviel Bedeutung beigelegt und zuviel Ehre angetan, erinnere ich daran, daß folgender Ausspruch Bismarcks kolportiert wird, der die geradezu ungeheuerliche Autorität Labands erklärt (ich zitiere ihn nach Friedrich List-Kormann, Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechts, Tübingen 1930, S. 177): „Und da wir doch gerade bei den Gründern des Deutschen Reiches sind, mögen Sie aus einer kleinen Erzählung Labands, des berühmten Straßburger Staatsrechtlers ersehen, wie viele Persönlichkeiten bei der Reichsgründung eigentlich beteiligt gewesen sind. Bismarck hat nämlich Laband, den Schöpfer des ‚Staatsrechts des Deutschen Reiches‘ dadurch einmal ausgezeichnet, daß er ihm sagte: ‚Ich habe das Reich politisch, Sie staatsrechtlich aufgebaut.‘ In der Tat kann das feinziselierte vierbändige Werk Labands mit einem architektonischen Begriff gut belobt werden.“

das die Rechtsentwicklung als eine Schöpfung deutschen Lebens in ihrer volklichen Einheit erkennen läßt.

I.

Eine wirkliche „Verfassungsgeschichte der Neuzeit" ist daher nicht auf die Geschichte der typischen Normenkodifikationen beschränkt, die man im 19. Jahrhundert als „Verfassungen" oder „Konstitutionen" bezeichnete. Das Wort „Verfassung" war seit dem 18. und im ganzen 19. Jahrhundert zu einer bloßen „Verdeutschung" von „Konstitution" geworden; der spezifische Begriff von „Konstitution" wiederum ist, wie sich aus den Arbeiten von Augustin Cochin[1] und Professor Bernard Fay vom College de France[2] ergibt, in den Freimaurerlogen des 18. Jahrhunderts geboren. Sie hatten alle eine „Konstitution" und haben dadurch den Mythos der Menschenrechte, der Gewaltenteilung und des ganzen Konstitutionalismus geschaffen. Dieser typisch „konstitutionalistische" Verfassungsbegriff hat die bisherige Verfassungsgeschichte des letzten Jahrhunderts bestimmt. Es handelt sich also heute nicht nur um „Auflockerungen" der rein juristischen Darstellung nach der geschichtlichen und der politischen Seite hin, auch nicht um historisch-politische, rechtsphilosophische, soziologische oder sonstige „Aufwertungen" eines bankerotten Gesetzesdenkens. In der neuen Verfassungsgeschichte wird sich der nationalsozialistische, nicht mehr liberale, auch nicht mehr nationalliberale, und nicht mehr freimaurerisch-demokratische Verfassungsbegriff rechtswissenschaftlich bewähren müssen, indem er sich auf die Einheit und Ganzheit der Lebensordnung des deutschen Volkes richtet.

Zur Verfassungsgeschichte gehört daher auch die Entwicklung des Eigentumsbegriffs sowie der wesentlichen Methoden, Einrichtungen und Begriffe des bürgerlichen Rechts. Die Trennung von öffentlichem und privatem Recht ist ein wichtiger Verfassungsbestandteil, weil sich in dieser Trennung der fundamentale Gegensatz von Staat und bürgerlicher Gesellschaft spiegelt, in mancher Hinsicht auch der von Albrecht Wagner geschilderte Kampf zwischen Verwaltung und Justiz[3], sowie die Stellung des Richtertums und der Gerichte. Auch die Entwicklung des Strafrechts ist selbstverständlich ein Teil der Verfassungsentwicklung und für das 19. Jahrhundert nur als ein Anwendungsfall des liberal-autoritären Kompromisses von Staat und Gesellschaft zu verstehen,

---

[1] *Augustin Cochin*, Les sociétés de pensée et la démocratie, Paris 1921.

[2] *Bernard Fay*, La Franc-Maçonnerie et la Révolution intellectuelle du XVIII. siècle, Editions de Cluny, Paris 1935. Erst durch dieses Buch fällt auf die bekannte Herkunft der „Erklärungen der Menschenrechte" aus den Vereinigten Staaten von Amerika das aufhellende Licht wahrer geschichtlicher Erkenntnis.

[3] *Albrecht Wagner*, Der Kampf zwischen Verwaltung und Justiz in Preußen, Hamburg 1936.

der den Verfassungsbegriff der konstitutionellen Monarchie in Deutschland kennzeichnet. Die „Konstitutionen“ des 19. Jahrhunderts waren, nach dem Wort des Führers, ein „bürgerlich-legitimistischer Kompromiß“. In gleicher Weise wie das sog. materielle Recht muß auch das Prozeß- und Verfahrensrecht in die neue Disziplin einbezogen und im Lichte dieses Verfassungsbegriffs dargestellt werden. Es ist noch nicht genügend zum Bewußtsein gekommen, in welchem Maße das bisherige deutsche Strafprozeßrecht das Beispiel einer Rezeption darstellt, die an Totalität der Rezeption des römischen Rechts nicht nachsteht. Im Strafverfahren spiegelt sich der bürgerlich-legitimistische und daher liberal-autoritäre Kompromiß in dem Nebeneinander von unabhängigem Richter und weisungsgebundenem Staatsanwalt. Der Kampf um den Strafprozeß ist also nicht nur deshalb ein Teil der Verfassungskämpfe des 19. Jahrhunderts, weil die bekannten Fragen des Geschworenen- und Schöffengerichts und der sog. Prozeßmaximen von Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit auffällig im Vordergrund des innerpolitischen Kampfes stehen, sondern vor allem auch deshalb, weil die Gestaltung des Strafverfahrens stets ein Abbild oder noch besser: ein Anwendungsfall der Gesamtgestaltung des politischen Gemeinwesens ist und hier der Volksgenosse als Angeklagter oder Verletzter, das Volksganze dagegen im Richter, in der Polizei oder im öffentlichen Ankläger unmittelbar sichtbar wird. Die Figur des heutigen Staatsanwalts insbesondere ist in ihrer geschichtlichen Bedingtheit nur im Zusammenhang mit der Verfassungsstruktur richtig zu erkennen, ebenso wie umgekehrt von dieser Figur aus ein aufhellendes Licht auf die Gesamtverfassung fällt. Daher ist die Geschichte des Strafprozesses ein besonders wichtiger und unentbehrlicher Prüfstein für die Verfassungsgeschichte jedes Entwicklungsabschnittes, insbesondere auch des 19. Jahrhunderts. Man würde sich dem Verfassungsbegriff des Konstitutionalismus ausliefern, wenn man heute unter Verfassungsgeschichte nur noch die Geschichte der vordergründigen Streitfragen, zum Beispiel des Kampfes um die Ministerverantwortlichkeit, um parlamentarische Regierung oder Schwurgerichte verstehen wollte.

Zwischen diesem Ziel einer neuen Rechtsdisziplin und seiner Verwirklichung stehen aber die überkommenen Gewohnheiten und Überzeugungen, die hart verkrusteten Begriffe eines vergangenen Jahrhunderts einer liberal-autoritären Welt. Der rechtswissenschaftlich weniger geübte und weniger gebildete „reine“ Historiker der nahen Vergangenheit ist hier oft der Gefahr erlegen, solche überlieferten festen Vorstellungen als unbestreitbare Wirklichkeiten hinzunehmen und seine Objektivität darin zu erblicken, daß er sich ihrer ohne gründliche rechtswissenschaftliche Kritik bedient. Diese Gefahr ist für den Geschichtsschreiber der weiter zurückliegenden Zeiten nicht so groß, weil hier die Begriffsresiduen nicht mit derselben Kraft nachwirken, vielmehr die andere Gefahr einer musealen Neutralität naheliegt. So erklärt es sich, daß zum Beispiel die verfassungsgeschichtliche Bedeutung der Un-

terscheidung von konstitutioneller und parlamentarischer Regierung bisher fast nirgend erkannt worden ist; eine Zweckantithese, die aus diesen bloßen Nuancen des liberal-autoritären Kompromisses einen tiefen weltanschaulichen Unterschied zu machen suchte, wurde unbesehen weitergeschleppt, weil sie in Preußen scheinbar Erfolg hatte. In Wahrheit war dieser Erfolg eine schwere Niederlage des preußischen Staatsgedankens. Der Sieg des liberalen Konstitutionalismus hatte sich gerade darin gezeigt, daß der preußische Staat, als er 1848 nachgeben mußte, sich, um dem Parlamentarismus zu entgehen, an diesen sekundären Unterschied von konstitutioneller und parlamentarischer Regierung klammerte und eben dadurch den für ihn gefährlichen Boden des Konstitutionalismus betrat, denn die „konstitutionelle" Regierung kann immer höchstens ein Vorstadium auf dem Wege zur parlamentarischen Regierung sein. Die ganze Macht der konstitutionalistischen Fragestellung und Begriffsbildung tritt hier zutage. Ihr war der innerpolitische Gegner geistig verfallen. Die nationalliberale Weltanschauung – deren zeitlichen Beginn mit der Begründung des Nationalvereins und einer national-liberalen Partei zu datieren mehr als naiv ist – konnte selbstverständlich am allerwenigsten aus dem Zirkel ihres konstitutionellen Verfassungsbegriffs heraustreten. Für die Nationalliberalen mußte die Unterscheidung von konstitutionell und parlamentarisch daher ebenfalls wesentlich sein; ihre eigene Kompromißhaftigkeit konnte nur durch die Übertreibung solcher sekundären Distinktionen den Schein tieferer Bedeutung erhalten. Solange diese national-liberale Weltanschauung im Verfassungsrecht und in der Verfassungsgeschichtsschreibung vorherrschte, mußte auch diese Unterscheidung als eine „positive" Grundwahrheit ersten Ranges erscheinen und die Aufmerksamkeit von der allein wesentlichen Kernfrage nach dem politischen Sinn des Konstitutionalismus selbst ablenken. Jeder Versuch, die innere institutionelle Folgerichtigkeit des konstitutionellen Systems und seine weltanschauliche Tragweite rechtswissenschaftlich aufzudecken, erschien solchen Positivisten als eine unhistorische oder reaktionäre, wissenschaftlich unzulässige Begriffsspielerei. Die Folge war, daß, ebensosehr wie die positivistischen Juristen, auch die nationalliberalen Historiker dem „konstitutionellen" Verfassungsbegriff verfielen und sich schließlich überhaupt kaum noch eine andere „moderne" Verfassung denken konnten als die des konstitutionellen 19. Jahrhunderts. Die Auseinanderreißung des „rein Juristischen" vom „rein Historischen" hat hier schlimmes Unheil angerichtet. Die „unjuristisch" gewordene Verfassungsgeschichte hat dadurch nicht weniger an Wert verloren als diese „unpolitisch" gewordene Wissenschaft des Verfassungsrechts. Heute kann die Spaltung überwunden werden. Mit dem Lehrfach „Verfassungsgeschichte" beginnt hoffentlich auch ein neuer Abschnitt der Geschichtswissenschaft. Die schwierige Aufgabe des Umdenkens und Umpflügens der überlieferten Begriffe ruht dabei vor allem auf unserer neuen rechtswissenschaftlichen Arbeit.

II.

Das erste ist die Erkenntnis, daß alle Wissenschaft des Verfassungsrechts ein lebendiger Teil der Verfassungswirklichkeit ist, das heißt die Erkenntnis des Zusammenhanges von politischer Entwicklung und verfassungsrechtlicher Begriffsbildung. Ein echter Streit um politische Worte und verfassungsrechtliche Begriffsbestimmungen ist meistens alles andere als ein leerer Wort- und Begriffsstreit; er kann vielmehr ein sicheres Zeichen der gesteigerten Intensität geistiger Auseinandersetzungen sein.

Der letzte Abschnitt der deutschen Verfassungsgeschichte ist im Jahre 1933 zu Ende gegangen. Er hatte im Jahre 1890 begonnen. Das politische Ereignis, das den Anfang des neuen Abschnitts bestimmte, war Bismarcks Entlassung. „Jahrzehntelang", sagt Theodor von der Pfordten in seinem „Aufruf an die Gebildeten deutschen Blutes", „habt ihr untätig und gleichgültig zugesehen, wie seit Bismarcks Abgang die Flut undeutscher Bestrebungen das Staatsgefüge lockerte und unsere Wissenschaft mit ihrem tödlichen Gift durchdrang"[4]. Im Jahre 1890 war der Sieg des verfassungsrechtlichen Positivismus entschieden, dessen anerkannter Führer der jüdische Rechtsgelehrte Laband war. Der erste entscheidende Erfolg war Labands 1871 erschienene Schrift über das Budgetrecht. Diese Schrift vertritt einen „formellen" Gesetzesbegriff, dessen „Form" bereits ganz „Form ohne Prinzip", das heißt neutralisierende Grundsatzlosigkeit ist und dessen Begriffsbildung den Sinn hat, den ungelösten Prinzipienkampf des preußischen Budgetkonflikts von 1862 bis 1866 auf sich beruhen zu lassen und mit Hilfe angeblich rein juristischer, formeller Vorstellungen zu entpolitisieren. Das hätte eine lehrreiche Veranschaulichung zu dem Satze sein können, daß in der Geschichte „die Probleme nicht gelöst, sondern nur abgelöst" werden; es war aber nicht nur eine Ablösung, sondern eine völlige, absichtliche Ignorierung des politischen Problems. Die erste Auflage von Labands Reichsstaatsrecht erschien 1876; mit der zweiten Auflage, 1887, begann der Siegeszug seiner Methode und die Herrschaft des „juristischen Positivismus" im öffentlichen Recht. Was sich dieser juristischen Methode entgegenstellte, blieb ohne jede Wirkung, ja fast ohne Eindruck auf die damals heranwachsende Generation. Gierkes berühmter Aufsatz in Schmollers Jahrbuch aus dem Jahre 1883 und die Warnungen Lorenz von Steins aus dem Jahre 1885/86 (im Vorwort zur 5. Auflage seines Lehrbuchs der Finanzwissenschaft) konnten den Sieg Labands nicht aufhalten. Albert Haenels Deutsches Staatsrecht, dessen erster Band 1892 in Bindings Handbuch herauskam, ist keiner der bedeutenden Leistung gerecht werdenden juristischen Besprechungen mehr gewürdigt worden. Ein zweiter Band ist nicht erschienen. Dieses Buch war zwar durchaus nationalliberal,

[4] *Theodor von der Pfordten*, An die Deutsche Nation, München 1933.

aber auch darin noch zu sehr politisch substanzhaft für die als juristisch und positivistisch sich ausgebende Substanzlosigkeit des im Jahre 1890 einsetzenden Entwicklungsabschnittes. Die Arbeit der älteren Generation der wissenschaftlichen Vertreter des damaligen öffentlichen Rechts behielt ihren Schwerpunkt in den Einzelstaaten: Rudolf von Gneist in Berlin, Max von Seydel in München, Robert von Mohl in Tübingen. Dort starb sie aus. Von Straßburg, der Hauptstadt eines nicht zu den verbündeten Regierungen gehörenden „Reichslandes", aus beherrschte der Positivismus des Juden Laband das Staatsrecht des zweiten Reiches.

In dieser Lage der Verfassungsrechtswissenschaft enthüllt sich, wie in jeder verfassungsrechtswissenschaftlichen Entwicklung, mit untrüglicher Exaktheit der Kern der politischen Wirklichkeit. Hier wird die entscheidende Grundlinie des Staatsgefüges zum Greifen sichtbar. Die „Exekutive", Heer und Finanzen, Polizei und Verwaltung, mit einem Wort: die staatliche Substanz war den Einzelstaaten verblieben. Deshalb mußte auch das, was sinnvollerweise „Staatsrecht" genannt werden kann, in den Einzelstaaten verbleiben. Aber es konnte sich wegen der starken Entwicklung zum deutschen Nationalstaat dort nicht halten. Auf der anderen Seite war das Reich noch nicht zum sicheren Träger der staatlichen Substanz des einheitlichen deutschen Nationalstaates geworden. Die einzelnen Staaten waren also nicht mehr, das Reich war noch nicht Staat. Die einer solchen Zwischenlage zugeordnete Staatsrechtswissenschaft konnte nur solche „formellen" Begriffe anerkennen, die formell im Sinne einer „Form ohne Prinzip" waren.

Die Wendung „Form ohne Prinzip" ist überaus kennzeichnend für diesen Abschnitt der Rechts- und Verfassungsgeschichte. Sie ist in dieser brutalen Offenheit zuerst im Strafprozeßrecht aufgetaucht, als Kennzeichnung der Anklage des sog. reformierten gemeinen Strafprozesses, der eine „Anklageform ohne Anklageprinzip" zu schaffen suchte, sie ist aber weit über diesen wichtigen Fall hinaus von typischer Bedeutung als treffende Formel für eine bestimmte Art juristischen Denkens. Ihre Herrschaft setzt ein mit dem „formalisierten" Begriff des Rechtsstaats, den der jüdische Rechtslehrer Stahl-Jolson geprägt und mit durchschlagendem Erfolge in der gesamten Denkweise der folgenden Zeit zur Herrschaft gebracht hat. Ihr Sieg entschied sich nach 1871; der „formelle" Gesetzesbegriff Labands ist ihr größter Triumph, der bis zum Siege des Nationalsozialismus anhielt und erst 1933 überwunden werden konnte. Zu den gegenwärtigen Aufgaben einer deutschen Verfassungsgeschichte gehört daher vor allem die Überwindung dieser Trennung von Form und Prinzip, und zwar sowohl der „Form ohne Prinzip" als auch des „Prinzips ohne Form", also die Herausarbeitung echter, aus den Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung gestalteten Formen der Lebensordnungen des deutschen Volkes.

56. Zum Urheberrechtsbegriff beim Tonfilm Gesetzentwurf betr. das Urheberrecht an Filmwerken

Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse,
hrsg. von Werner Schubert, Band XXII. Ergänzungen und Nachträge (1934–1942),
Walter de Gruyter, Berlin 2015

Zum Urheberrechtsbegriff beim Tonfilm

Ausschuss für Filmrecht, Protokoll der Sitzung vom 18.2.1936, S. 94–100, 113

Ich möchte hier den Standpunkt der fachwissenschaftlichen Abteilung des Juristenbundes sowohl gegenüber dem Vorschlag des Entwurfs zu § 2 als auch seiner Begründung auseinandersetzen.

Die Begründung ist ja im Vergleich zu der nicht nur außerordentlich umfangreichen, sondern auch intensiven Kontroverse über diese Frage, verzeihen Sie, etwas summarisch, stecken doch sehr ernste und sehr tiefe Fragen hinter diesem Problem des Urheberrechts am Tonfilm. Die Begründung des Entwurfs ist, kurz gesagt: Rechtssicherheit. Sie läuft schließlich darauf hinaus, daß so viele am Zustandekommen eines Tonfilms beteiligt sind, daß, wenn man sich auf diese Fragen der Urheberschaft bei jedem Einzelnen überhaupt einlässt, eine Atomisierung – das ist wohl der maßgebende Ausdruck – und keine Rechtssicherheit mehr vorliegt. Dieser ganze Gedankengang geht also davon aus: Heute sind am Entstehen eines Tonfilms so viele Leute beteiligt, daß schließlich, ich möchte fast sagen, rein dezisionistisch einer da sein muss, der der Urheber ist, weil man sonst überhaupt nicht weiß, an wen man sich zu halten hat.

Ich halte diesen Gedankengang weder theoretisch noch praktisch für schlüssig. Die erste Frage ist, ob es überhaupt, wie die Dinge heute liegen oder wie sie in einer mit Hilfe der Gesetzgebung noch weiter zu entwickelnden idealtypischen Weise liegen sollten, einen wirklichen Urheber am Tonfilm gibt, dessen Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht man von den wirtschaftlichen und gewerblichen Belangen unterscheiden kann, die durchaus anerkannt werden sollen, die man aber nicht hinter der Konstruktion eines Urheberrechts verbergen und eigentlich denaturieren sollte. Die erste Frage ist, ob es dies Urheberrecht auch im Film gibt oder ob man sagen muss, daß es im Film aus verschiedenen Gründen überhaupt kein Urheberrecht gibt. Die Herstellertheorie, wenn ich sie so kennzeichnen darf, geht davon aus, daß es einen Urheber gibt und daß dieser Urheber wegen der Unklarheit der übrigen

an der Produktion des Films beteiligten Mitschaffenden der Hersteller ist. Das ist aber schon der erste innere Widerspruch dieser ganzen Begründung. Wenn es einen Urheber beim Tonfilm gibt – ich meine hier Urheber im Sinne des literarischen, geistigen Schöpfertums –, ist es nicht der Hersteller. Das muss ich zuerst in dieser Sache feststellen.

Es wäre denkbar, daß man sagen könnte, es gebe hier überhaupt keinen Urheber, sondern die ganze moderne Entwicklung bringe es mit sich, daß eine sogenannte Gemeinschaft oder dergl. der Urheber ist. Dann kommt man vielleicht zu irgendeiner kollektivistischen Konstruktion der Verteilung der Interessen und auch anderer Ansprüche, die zunächst nicht rein materieller Art sind, aber man kommt nicht zu einem Urheber. Die wesentliche Frage ist immer: Halten wir noch am Urheber beim Tonfilm fest und ist dieser Urheber wie beim literarischen oder musikalischen oder sonstigen Kunstwerk ein echter geistiger Schöpfer? Halten wir daran fest, dann ist meiner Meinung nach auf keinen Fall der Hersteller dieser Urheber, und halten wir nicht daran fest, dann müssen wir eine andere Konstruktion suchen. Jedenfalls ist das die erste Frage, die mit aller Schärfe gestellt werden muss, damit nicht das Durcheinander von wirtschaftlichen und finanziellen Gesichtspunkten mit echten idealen geistig-schöpferischen urheberrechtlichen Gesichtspunkten eintritt. Ich würde es für eine sehr schwere Belastung eines neuen Filmurheberrechts halten, wenn diese ganz entscheidende und im besten Sinne weltanschauliche, nicht in irgendeinem phrasenhaften oder interessenmäßigen Sinne weltanschauliche Frage nicht von vornherein klarsteht.

Das ist also die Frage, die ich sofort beantworten will. Ich bin der Meinung, daß wir an dem echten Urheberrechtsbegriff auch beim Tonfilm festhalten müssen, und glaube, daß die Argumentation der Herstellertheorie an diesem entscheidenden Punkt vorbeigeht. Ich will nicht zu sehr in eine Kritik eintreten; aber es ist Ihnen ja bekannt, daß die Herstellertheorie zuerst im Jahre 1922 aufgetreten ist. Sie ist damals von Herrn Wenzel Goldbaum entwickelt worden. Alle Argumente, die ich bisher für die Herstellertheorie in der späteren Literatur festgestellt habe, stehen restlos schon bei Herrn Wenzel Goldbaum. Auf dem Wege über das Landgericht I und das Kammergericht ist die Goldbaumsche Theorie dann in die Rechtspraxis und in die Literatur eingedrungen. So müssen wir uns hier leider unumgänglich mit Herrn Wenzel Goldbaum beschäftigen. Ich habe hier ein Exposé darüber, will es aber dem Herrn Präsidenten überlassen, die Auseinandersetzung mit der Goldbaumschen Theorie über das Urheberrecht des Herstellers den Herren des Ausschusses in irgendeiner Form bekanntzugeben; ich möchte nicht in eine Vorlesung hineingeraten, deren Inhalt eine Kritik an dieser Theorie von Goldbaum wäre, die übrigens auf eine Bemerkung von Dernburg zurückgeht.

Die Herstellertheorie arbeitet mit verschiedenen ganz merkwürdigen Argumenten. Einmal betont sie die Rechtssicherheit und sagt, daß doch einer der Urheber sein müsse; es sei schwer zu entscheiden, wer es sei, so daß es am sichersten und klarsten wäre, wenn der Hersteller Urheber sein würde. Weiter spielen wirtschaftliche und finanzielle Gesichtspunkte eine Rolle. Wenn aber der Gesichtspunkt des wirtschaftlichen oder finanziellen Risikos maßgebend sein soll, müsste man doch auch einmal genau prüfen, wieweit dieses Risiko auch andere Leute trifft als die Herstellerfirma, z.B. Verleih- und Verwertungsgesellschaften, Sachlieferanten und Theaterbesitzer. So einfach kann man diesen Standpunkt nicht vertreten. Vor allen Dingen ist es unmöglich, daraus, daß beispielsweise der Regisseur oder der Filmmanuskriptverfasser oder irgendein anderer, wie die Dinge heute liegen, nicht oder nur in gewissen Fällen Urheber sind, den Schluss zu ziehen, daß es der Hersteller sein müsse. Der Hersteller erscheint hier durchaus als eine Art deus ex machina bei einer sehr schwierigen Frage. Das ist typisch dezisionistisch. Weil es sehr schwer ist zu entscheiden, wer als Urheber im geistig-schöpferischen Sinne des Wortes anerkannt werden kann, soll es der Hersteller sein. Diese Herstellertheorie beruht, soviel ich sehe, immer auf dem gleichen Gedankengang: Erstens der Schwierigkeit der Feststellung eines anderen Urhebers, zweitens den wirtschaftlichen Interessen des Herstellers, die ja niemals ein geistig-schöpferisches Urheberrecht begründen können, und drittens spielen vielleicht noch einige andere Gesichtspunkte mit.

Jedenfalls habe ich nach der kurzen Begründung dieses § 2 nicht den Eindruck, als sei die zum Teil doch schon sehr bedeutende Kritik an der Herstellertheorie, die bereits im heutigen Schrifttum vorliegt, so genügend gewürdigt, daß man den prompten und summarischen Standpunkt dieser Argumentation auch in einer von diesem Ausschuss und der Akademie zu vertretenden Weise aufrechterhalten könnte.

Ich ging davon aus, daß wir uns darüber klar werden müssen, ob wir einen Urheber anerkennen wollen oder nicht. Es ist ja vielleicht in einer gesetzlichen Regelung des Tonfilms nicht notwendig. Aber daraus, daß es schwierig ist, ihn heute festzustellen, den Schluss zu ziehen, der Hersteller sei der Urheber, ist in jeder Hinsicht nach meiner Überzeugung nicht nur nicht schlüssig, sondern ausgesprochen falsch. Die Frage bleibt also: sollen wir einen Urheber anerkennen? Ich habe sie vorhin bereits bejaht. Ich glaube, es ist vom nationalsozialistischen Standpunkt aus notwendig, an diesem echten Begriff der schöpferischen Persönlichkeit festzuhalten. Es ist falsch zu meinen, daß der Begriff des Urhebers als eines geistig-schöpferischen liberal sei. Er hat in Form von Privilegien, Bannrechten, Monopolen aller Art schon längst Anerkennung gefunden. So einfach kann man den Begriff des freien geistigen Schöpfertums nicht erledigen. Ebenso wenig kann man ihn dadurch erledigen, daß man von Gemeinschaft spricht. Die Gemeinschaft, die hier

gemeint ist, ist gar keine Gemeinschaft in unserem nationalsozialistischen Sinne, sondern ist eine juristische Person. Bei der überaus intensiven und, ich möchte fast sagen, erbitterten Kritik an dem Begriff der juristischen Person, der heute in der jungen Rechtswissenschaft hervorgetreten ist, können wir nach meiner Auffassung die juristische Person in dieser Weise gar nicht in die Frage des Urheberrechts hereinbringen. Daß eine juristische Person Urheber sein kann, möchte ich ohne weiteres verneinen. Wir sprechen hier von der freien, geistig schöpferischen Persönlichkeit und dürfen nicht eine Konstruktion einführen, die ganz anderen Zwecken dient, nämlich Zwecken der Verkehrsfähigkeit usw. Wir würden den Begriff der Gemeinschaft missbrauchen, wenn wir diese Art Einführung eines Urheberrechts einer juristischen Person, der Herstellerfirma, mit dem Begriff der Gemeinschaft decken wollten.

Der Gedanke, der vielleicht weniger in der Literatur, aber, wie ich aus Gesprächen weiß, sonst sehr verbreitet ist und sehr viel Einleuchtendes für sich hat, ist folgender. Die heutige Technik, insbesondere die heutige Organisation der Filmindustrie bewirkt es, daß ein Komplex von Schaffenden in dem technischen Betrieb das Filmkunstwerk erzeugt. Die Parallele mit der Betriebserfindung liegt ganz außerordentlich nahe, ebenso aber auch die Parallele zu der Kritik an dieser Lehre. Nach dieser Vorstellung gibt es überhaupt keinen Schöpfer im besten Sinne des persönlichen Schöpfers, sondern danach produziert sich der Film sozusagen in dem technisch-organisatorischen Betrieb von selbst. Das ist aber nach meiner Auffassung eine typisch kollektivistische und in keiner Weise nationalsozialistische Anschauung. Hier haben wir den Liberalismus in seiner höchsten und entwickeltsten Form in der Vorstellung, daß das isolierte Individuum durch ein System wirtschaftlicher Machtkomplexe und technisch-organisatorischer Einrichtungen ersetzt worden ist. Ich glaube nicht, daß einer dieser Gesichtspunkte für uns maßgebend sein kann und uns bewegen könnte, an die Stelle des Gedankens der frei schöpferischen Persönlichkeit irgendeine andere Konstruktion zu setzen. Man kann, wie gesagt, wenn man kollektivistisch denkt, die Meinung vertreten, daß es überhaupt keinen Urheber gibt, und man kann sich auf den Standpunkt stellen, daß es den Urheber im bisherigen Sinne gibt und daß das kein liberalistisch-individualistischer Begriff ist, sondern der Begriff der freien schöpferischen Persönlichkeit. Man kann aber nicht eine Art Zwischending versuchen, indem man unter Beibehaltung eines Urheberbegriffs die Herstellerfirma einführen will.

Es ist nicht schwer, die Argumente der Begründung zu § 2 in Grund und Boden zu kritisieren. Vor jedem Publikum in Deutschland, seien es Juristen oder nicht, könnte ich aus der Kritik dieser Begründung einen höchst effektvollen Vortrag machen. Ich glaube aber, daß diese Ausführungen genügen; im Übrigen liegt mein Exposé schriftlich vor. Damit käme ich zum positiven Teil meiner Ausführungen.

Ich habe gesagt, daß wir an dem geistig schöpferischen Urheber festhalten müssen und uns nicht diese rein ausweichende Erledigung zu eigen machen dürfen. Ich will auch nicht die einzelnen Leute hier Revue passieren lassen, die nicht selbständig bei der Herstellung des Filmwerkes tätig werden. Ich halte es ferner nicht für eine gesetzgeberische Lösung zu sagen, die Entscheidung dieser Frage sei Sache des Einzelfalles. Es gibt Filme, die hat der Regisseur geschaffen, und es gibt Filme, die hat der Verfasser des kurbelreifen Manuskripts geschaffen, oder endlich Filme, die so stark von einem oder mehreren Schauspielern beherrscht sind, daß diese als geistige Schöpfer erscheinen. Man kann vielleicht sogar sagen, daß das in verschiedenen Ländern zu verschiedenen Zeiten verschieden ist. Es gibt auch Filme, die hat der Produktionsleiter geschaffen. Unsere Aufgabe als Gesetzgeber ist es ja gerade, in dieses Chaos einen entscheidenden Gesichtspunkt durch Zuerkennung eines echten persönlichkeitsrechtlichen Urheberrechts zu bringen und das heutige Durcheinander zu ordnen. Ich gebe zu, daß das eine sehr ernste und schwierige Aufgabe ist. Aber das rechtfertigt doch nicht eine nur mit Rechtssicherheit oder ähnlichem motivierte, rein dezisionistische Anschauung, sondern macht es notwendig, umso ernster an diese Schwierigkeit heranzugehen.

Das eigentlich gesetzgeberische Problem entsteht dadurch, daß wir durch unsere Entscheidung die Lage auch gleichzeitig verändern wollen. Wir sind nicht bloß Registratoren der heutigen Wirklichkeit, die einmal sehr verschieden ist und außerdem ganz falsch wirkende Elemente enthält. Wir wollen die Entwicklung ja mitbestimmen und die Lage im Sinne eines Idealtypus gestalten. Das mischt sich bei unserer Entscheidung immer mit einer Erwägung dessen, was angesichts der technischen, organisatorischen, wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnisse faktisch ist. Das musste ich vorausschicken.

Wenn ich jetzt den Mut habe zu sagen, der und der wäre der Urheber, dann setze ich mich damit sehr billigen Einwendungen aus; ich bitte Sie, sie also nicht allzu schnell vorzubringen. Selbstverständlich kann man sagen: Der Mann, den Sie sich als Urheber denken, ist bei mir ein kleiner Angestellter. Diesen Gesichtspunkt halte ich aber nicht für richtig. Die Aufgabe eines Gesetzgebers ist nicht, sozusagen die faktische Wirklichkeit irgendwie zu registrieren oder die chaotischen Rechtszustände zu sanktionieren, womöglich im Namen des Nationalsozialismus. Wenn ich auf die Frage nach dem Urheber eine Antwort wage, so bin ich mir der Kühnheit bewusst, rechne selbstverständlich aber mit Ihrer Loyalität und Ritterlichkeit; denn ich weiß, wie leicht meine Antwort herunterzureißen und zu zerreißen ist, indem geltend gemacht wird, die Dinge lägen heute ganz anders. Ich sage mir: Wenn wir an dem Begriff der frei schöpferischen Persönlichkeit festhalten, wenn wir ferner daran festhalten, daß der Tonfilm das Werk einer frei schöpferischen Persönlichkeit ist, müssen wir eine Entscheidung treffen, die der heutigen faktischen Wirklichkeit durchaus nicht entspricht. Wir müssen uns fragen, wohin die

Entwicklung des Tonfilms geht, und wir werden die Entwicklung mitbestimmen, wenn es uns gelingt, eine gerechte gesetzgeberische Entscheidung zu treffen. Ich weiß, wie heute ein Tonfilm entsteht; ich weiß, wie verschieden das bei den verschiedenen Firmen, den verschiedenen Persönlichkeiten, den verschiedenen Direktoren und Produktionsleitern, vor allem in verschiedenen Ländern ist. Ich halte mich an meine Aufgabe: Ich muss diesen frei schöpferischen Urheber feststellen, muss ihn auch, wenn er heute noch nicht ohne weiteres festzustellen ist, irgendwie erkennen und muss den Mut haben, ihn zu bezeichnen.

Noch eine andere Vorbemerkung! Wenn man das literarische Urheberrecht des 19. Jahrhunderts in einer Zeit kodifiziert hätte, in der die kapitalistische Organisation schon weitgehend vervollkommnet war, hätte man selbstverständlich auch vor einer ganz anderen gesetzgeberischen Lage gestanden. Der Tonfilm ist noch in den ersten Anfängen, und wir wollen ja gerade mit unserer Entscheidung auch bewirken, daß wir einen echten, künstlerisch schöpferischen Tonfilm erhalten. Wir betrachten den Tonfilm nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Rentabilität und des Geschäfts. Wir wollen diesen wesentlichen Gesichtspunkt nicht verkennen, wollen ihn aber auch nicht zum allein maßgebenden Gesichtspunkt bei der Frage nach dem Urheber machen.

Als Urheber kommen also wohl nicht diejenigen in Betracht, die keine selbständige Leistung beim Tonfilm vollbringen, indem sie unter der geistig schöpferischen Führung und Leitung eines anderen tätig werden. Dazu rechne ich Operateure, Schneider, Architekten, Kulissenmaler, aber auch Gesangskünstler, Virtuosen, Schauspieler usw. Unter dem Gesichtspunkt der Frage nach dem geistig schöpferischen Urheber kommen meiner Meinung nach heute nur der Regisseur und der Filmmanuskriptverfasser in Betracht.

Der Regisseur hat, soviel ich feststellen konnte, beim Publikum immer noch größere Chancen. Vielfach wird ein Film vom Publikum für das Werk eines Regisseurs gehalten; dies ist die am meisten verbreitete Meinung. Man sagt, daß das Kunstwerk erst durch den Regisseur entsteht. Bei dem Unterschied zwischen dem Filmregisseur und dem Theaterregisseur hebt man hervor, daß der Filmregisseur für alle Ewigkeit in einem bestimmten Moment dieses beliebig reproduzierbare Kunstwerk festlegt, während der Theaterregisseur sozusagen nur etwas Vorübergehendes schafft. Ich bin immer wieder auf den Regisseur gekommen und habe mich erst nach sehr langen und, wie ich glaube, objektiven Erwägungen und Überlegungen zu der Ansicht durchgerungen, daß er nicht der Urheber ist.

Ich bin zu der Auffassung gekommen, daß Urheber des Filmwerkes der Verfasser des Filmmanuskripts ist. Diese Ansicht erschien mir natürlich auf den ersten Blick angesichts der Wirklichkeit der heutigen Zustände etwas

sonderbar und paradox. Es ist vor allen Dingen deshalb so schwierig darüber zu sprechen – nicht hier in diesem Ausschuss – weil die meisten Leute überhaupt keine wirkliche Vorstellung von der Filmhandschrift haben. Es gibt ja dabei die verschiedensten Stadien: Zunächst ein sehr skizzenhaftes, provisorisches Manuskript, andererseits ausgearbeitete, sog. kurbelreife Drehbücher. Außerdem ist in diesem arbeitsteilenden Entstehungsprozess immer wieder die Tendenz vorhanden, die Filmhandschrift vom Drehbuch abzutrennen. Man versteht unter dem Verfasser der Filmhandschrift den Mann, der so viel von der Technik eines Films weiß, daß er imstande ist, in dieser Handschrift so wie der Musiker in einer Partitur – das ist der entscheidende Vergleich – seine geistig-schöpferische Vorstellung von dem Film niederzuschreiben, so daß diese Filmhandschrift der weiteren Arbeit aller anderen Beteiligten, insbesondere auch des Regisseurs, als Grundlage dienen kann. Daß dabei Änderungen vorkommen können, ist klar; beim Theater ist es ebenso. Das Entscheidende ist: Gibt es, wenn wir von der Frage des geistigen Schöpfers als einer Persönlichkeit ausgehen, diese schöpferische Persönlichkeit, und wer ist es? Durch die technisch-organisatorische Aufteilung des Tonfilms dürfen wir uns nicht irre machen lassen. Dergleichen gibt es anderswo auch; ich kann mir sehr wohl einen kapitalistischen Betrieb denken, wo alles genau aufgeteilt ist.

Fragen wir uns nur, ob es denkbar ist, dem Tonfilmwerk einen solchen Kern zu geben, der etwa beim musikalischen Kunstwerk der Partitur entspricht. Die Parallele zur Partitur ist in der juristischen Literatur bereits ausgesprochen. Ich möchte sie nicht zu Tode hetzen; aber sie ist doch ein sehr lehrreiches Beispiel dafür, wie ein Kunstwerk entsteht, auch in geschichtlicher Hinsicht. Die Partituren der musikalischen Kunstwerke, so wie sie heute vor uns liegen, haben ja auch Jahrhunderte gebraucht, um das zu werden, was sie heute sind: Der feste Boden, auf dem sich der Dirigent und der ausführende Musiker bewegen. Wenn Sie sich die ersten Partituren des 13., 14., 15. und 16. Jahrhunderts ansehen, werden Sie natürlich sagen, daß das keine Grundlagen für ein Kunstwerk waren. Ganz allmählich ist erst eine Partitur entstanden. Noch die Partituren des 17. Jahrhunderts bezeichnen vieles nur mit einer Formel und überlassen alles andere dem ausführenden Künstler. Wenn man sich diese Entstehungsgeschichte vor Augen hält, wird man vielleicht die Ansicht, der Urheber der Filmhandschrift sei die schöpferische Persönlichkeit, nicht so paradox finden, wie sie unter dem Eindruck der heutigen faktischen Zustände erscheint. Wir dürfen aber nicht vergessen, daß wir in einer geschichtlichen Entwicklung stehen und daß eines Tages auch weitere Kreise in die Kunst eindringen werden, ein kurbelreifes Filmmanuskript zu schreiben und zu lesen, genauso wie die Menschheit Jahrhunderte gebraucht hat, um eine musikalische Partitur schreiben und lesen zu lernen. Diese historische Parallele darf ich hier anführen, um vielleicht manche allzu

billigen Einwände gegen die hier vertretene Auffassung vom Urheber des Tonfilmwerkes von vornherein abzuwehren.

Ich sage ferner, daß diese kurbelreife Filmhandschrift gegenüber der Tätigkeit des Regisseurs doch das Entscheidende ist. Ich kann mir nicht denken, daß ein Film ohne ein einigermaßen brauchbares Drehbuch gedreht werden kann. Ich kann mir aber sehr wohl denken und sehe es in der Praxis bestätigt, daß sich der wirklich schöpferische Regisseur immer sein eigenes Manuskript schreibt oder jedenfalls maßgebend auf das Drehbuch und das Manuskript einwirkt. Bei der Entstehung des Films spielt das Drehbuch eben faktisch eine maßgebende Rolle. Es ist nun einmal eine Art Fahrplan, nach dem man sich richtet, auch wenn man noch so viele Änderungen anbringt. Da müssen wir die Quelle der eigenen geistigen Schöpfung suchen, so sehr sie heute auch noch durch organisatorische, technische und andere Dinge verschüttet ist. Bei der kurbelreifen Filmhandschrift würde ich ansetzen, um den eigentlichen Urheber des Tonfilmwerkes festzustellen. Erst wenn wir uns darüber im Klaren sind, können wir uns mit den weiteren Fragen der wirtschaftlichen Interessen der Mitschaffenden usw. beschäftigen. Wenn wir aber einen Urheber feststellen wollen, wenn wir ein Urheberrechtsgesetz schaffen wollen, können wir an dieser schwierigen Frage nicht vorbeigehen, und ich habe wenigstens den Mut gehabt, in dieser außerordentlich komplizierten und zu dezisionistischen Antworten anreizenden Situation des heutigen Tonfilms einmal die Frage nach dem wahren, in der Sache berechtigten geistig schöpferischen Urheber zu behandeln.

Diskussionsbemerkung von Staatsrat Prof. Dr. Schmitt: Ich habe selbstverständlich nur von einem Filmmanuskript gesprochen, und ein solches ist nur die bereits filmische Gestaltung. Sollte diese filmische Gestaltung heute noch selten sein, dann wäre es Sache des Gesetzgebers, hier eine Änderung zu schaffen. Wenn der organisatorisch-technische Vorgang diese Sache auseinanderreißt, dann stehen wir vor der ernsten Frage, ob wir diese Auseinandersetzung sanktionieren sollen, oder ob wir eine Idealvorstellung davon haben, daß der Film ein Kunstwerk ist, demgegenüber auch die Festlegung nur Reproduktion ist. In diesem Falle haben wir es dann auch nur mit einem Vorgang zu tun, wie sich z. B. abspielt, wenn eine Symphonie oder Oper auf Schallplatten aufgenommen wird. Dort wird niemand den Urheber woanders suchen als in dem Schöpfer der Partitur.

Ich möchte bitten, nicht zu unterstellen, als kennten wir die Unterscheidung zwischen Filmrecht und Verfilmungsrecht nicht.

Mein Vorschlag wäre so zu formulieren: Autor ist der Schöpfer. Liegt eine ausgearbeitete filmisch gestaltete Handschrift vor, die als Grundlage eines Filmes geeignet ist, so gilt bis zum Nachweis des Gegenteils der Urheber

dieser Handschrift als der Autor. Dann entfallen auch die Einwendungen der Herren Dr. Kopsch und Dr. Roeber.

Der Urheberbegriff kommt doch aus dem literarischen, musikalischen, künstlerischen Schaffensprozess. Er wird wesentlich verändert, wenn wir die Leitung eines organisierten Kollektivprozesses auch mit dem Begriff Urheberschaft belegen. Meines Erachtens setzt sich die Herstellertheorie zwischen zwei Stühle. Auf der einen Seite übernimmt sie den alten Urheberbegriff, und auf der anderen Seite betont sie die Selbständigkeit des Films, will aber dennoch den alten Urheberbegriff auf dieses ganz anders geartete Gebilde übertragen. Darin sehe ich einen Widerspruch. Gibt es einen Urheber im Sinne der eigenschöpferischen Persönlichkeit, dann müssen wir ihn suchen. Wollen wir dagegen etwas Neues machen und auf den Boden kollektivistischen Denkens treten, dann kommen wir auch zu einem ganz anderen Begriff des Urhebers. Um diese Alternative kommen wir nicht herum. Sie setzt zwei völlig unvereinbare Begriffe der Urheberschaft voraus.

Ausschuss für Filmrecht, Protokoll der Sitzung v. 17.7.1936, S. 161–163

Ich kenne die Beschlüsse und Beratungen des engeren Ausschusses nicht. Ich will mich deshalb begnügen, auf die Ausführungen von Herrn Generaldirektor Correll in drei Sätzen zu antworten, nur damit nicht der Anschein entsteht, als fühlte ich mich von der Wucht seiner Argumente erdrückt. Es ist vielmehr so, daß ich aus diesen Ausführungen entnommen habe, daß von der Seite, von der Herr Generaldirektor Correll gesprochen hat, unsere Argumente noch nicht einmal verstanden worden sind. Wir sprechen von einem Autor, und zwar von dem Autor eines Kunstwerks, und von keinem anderen Autor, und kämpfen mit der ganzen Erbitterung eines echten weltanschaulichen Kampfes für das Autorrecht des echten Filmwerkautors. Es wird uns fortgesetzt entgegengehalten: Der literarische oder musikalische Autor hat bereits einen Schutz. Wenn man weiß, daß das Filmwerk ein eigenartiges Kunstwerk ist, ein neues Kunstwerk, wie Herr Minister Dr. Goebbels sagt, das moderne Kunstwerk, dann muss man darauf achten, gerade diese Besonderheit als Filmkunstwerk im Auge zu behalten. Es ist also ein für mich etwas peinliches Missverständnis, wenn man hier mit Gesichtspunkten der Autoren der Stagma [Staatlich genehmigte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte] oder dergl. kommt. Ich habe mir sogar gefallen lassen müssen, daß mein Standpunkt als Interessentenstandpunkt bezeichnet worden ist. Ich erkläre hiermit, daß ich weder eine einzelne Aktie irgendeiner in Betracht kommenden Gesellschaft besitze, noch jemals ein Gutachten abgegeben habe oder irgendwie interessentenmäßig gebunden bin. Das mag das ganze Maß der Erbitterung bei einem

solchen Problem zeigen. Also gerade weil wir wissen: das Filmwerk ist ein Kunstwerk, ein eigenartiges neues Kunstwerk, aber ein Kunstwerk – es hat als solches einen Autor, der aber gar nichts mit dem Autor eines Liedes oder mit einem literarischen Autor zu tun hat –, deswegen betonen wir unseren Standpunkt so stark. Der Film als Kunstwerk ist auch etwas anderes als etwa ein Wörterbuch. Es ist nicht zutreffend, die organisatorische Arbeit etwa der Verleger oder Herausgeber eines Wörterbuches mit der Arbeit des künstlerischen Autors zu vergleichen. Der Film ist eben, wenn er das ist, was er sein soll, ein echtes Kunstwerk und hat seinen Autor. Weil wir das wissen, weil wir den Gedanken echten geistigen Schöpferturns auf diesem wichtigen neuen Gebiet vor kollektivistischen, liberalistischen und anderen Gedanken retten wollen, deswegen setzen wir uns hier dafür ein und treten hier dem Versuch, den Urheber als Hersteller oder sogar als juristische Person zu bezeichnen, mit aller Entschiedenheit entgegen.

Gegenüber den Ausführungen von Herrn Generaldirektor Correll möchte ich also betonen: Er nimmt eine Änderung des geistigen Schöpfertums vor, indem er eine organisatorisch-wirtschaftliche Leistung als eine künstlerisch-schöpferische Leistung ausgibt, und damit verlässt er seinen eigenen Ausgangspunkt, nämlich den, daß der Film eine schöpferisch-künstlerische Leistung eigener Art ist. Er spielt also sozusagen a deux mains. Einmal betont er das Organisatorisch-Wirtschaftlich-Technische, um den Hersteller in seine Position zu bringen, also die Herstellerfirma. Auf der anderen Seite betont er wieder das Künstlerisch-Schöpferische, um das Urheberrecht des Herstellers zu retten. Darin sehe ich den Widerspruch, auf den ich hingewiesen habe. Es genügt, wenn ich das noch einmal in aller Schärfe betone. Wenn man vom künstlerischen Schöpfertum spricht, dann ist es auf keinen Fall möglich, eine juristische Person einzuführen, so, wie es hier geschehen soll. Selbst im Arbeitsrecht in der Betriebsgemeinschaft hört die juristische Person in derselben Sekunde auf, in der ein Führer erschien. Habe ich einen Führer, so ist es mit der juristischen Person aus. Wenn es nicht einmal im Arbeitsrecht möglich ist, der juristischen Person als solcher diese eigenartige Stellung zu geben, so ist es bei einem als künstlerisch-schöpferische Leistung anerkannten Werk noch viel weniger möglich, hier eine juristische Person als Autor anzusehen.

Ich wiederhole: Alle die Analogien mit anderen Arbeiten, insbesondere die mit der Organisation eines Wörterbuches, treffen hier nicht zu, weil nicht das eigenartig Künstlerisch-Schöpferische des Films in Erscheinung tritt. Diese Argumentation hätte jeder Verleger für sich geltend machen können, auch jeder Theaterdirektor. Sie geben Anregungen aller Art, und sie haben auch Ideen usw., aber das ist gerade nicht das schöpferisch Gestaltende, das filmisch Gestaltende, sondern es liegt entweder in den filmisch gestalteten Gedanken des Filmautors als Filmschöpfer, oder aber es liegt in

der künstlerischen Führung bei der Filmproduktion. Dann käme der Regisseur in Betracht. Eins von beiden. Aber wie man den Gedanken des Kunstwerks retten und gleichzeitig die Herstellerfirma schützen will, das verstehe ich nicht. Sonst müsste man auch den Filmpreis der Herstellerfirma erteilen, und nicht einem Regisseur. Es dürfte niemand anders als die Herstellerfirma dann einen solchen Preis erlangen. Aber ich will nicht von neuem in die Diskussion eintreten. Ich begnüge mich mit diesen kurzen Ausführungen. Ich wollte nur eine Antwort geben und wollte Sie bitten, die weltanschauliche Bedeutung dieser Frage nicht zu unterschätzen. Gerade im Hinblick auf die jungen Nationalsozialisten habe ich mich veranlasst gesehen, hier persönlich zu erscheinen. Ich sehe, mit welcher Erbitterung um diese weltanschauliche Frage gekämpft wird, um die Frage des persönlichen Schöpfertums, die immer wieder von dem Führer in den Mittelpunkt gestellt wird. Hier entsteht eine neue Kunst. Diese neue Kunst soll von der organisatorisch-technischen Seite erfasst werden, und diese weltanschauliche Erbitterung ist vorhanden. Wenn es aus praktisch-ökonomischen Gründen des Devisenexports, oder was es sein mag, nötig ist, eine Regelung zu treffen, so soll man es tun. Aber ich möchte verhindern, daß bei dieser Gelegenheit eine weltanschauliche Frage dogmatisch festgelegt werden kann, und die dann immer von neuem zu neuer Kritik, zu neuen erbitterten weltanschaulichen Auseinandersetzungen führt.

Gesetzentwurf betr. das Urheberrecht an Filmwerken (mit Begründung)

Ausschuss für Filmrecht, Protokoll der Sitzung vom 18.2.1936,
Vorschläge zur Regelung der Filmurheberschaft, S. 128–132

§ 1. Urheber. Urheber eines Filmwerks ist der geistige Schöpfer.

Als geistiger Schöpfer eines Filmwerks gilt der Verfasser einer Filmhandschrift, die den Gang der Filmhandlung in bildmäßiger Gliederung erkennen lässt, sofern nicht eine andere am künstlerischen Gestaltungsvorgang beteiligte Person beweist, daß sie der wahre Urheber ist.

Enthält das Filmwerk keine Spielhandlung, so ist Urheber, wer die Folge der dargestellten Tatsachen und Vorgänge zugeordnet hat.

Das Urheberrecht des Tonfilmkomponisten an der von ihm verfassten Musik bleibt unberührt.

§ 2. Urheberehre. Der Urheber ist berechtigt, jeder Verletzung seiner Urheberehre entgegenzutreten. Er hat insbesondere folgende Befugnisse:

1. das Recht auf Namensnennung,

2. das Recht, Entstellungen, Verstümmelungen und Verfälschungen seines Werkes zu untersagen,

3. das Recht auf den Urheberanteil (Folgerecht).

Der Urheber kann auf die Wahrung der Urheberehre nicht rechtswirksam verzichten.

§ 3. Hersteller. Durch die Abnahme der Filmhandschrift erwirbt der Filmhersteller das Recht, einen der Handschrift entsprechenden Bildstreifen herzustellen, zu vervielfältigen und öffentlich vorführen zu lassen; er ist befugt, die zur Verwertung erforderlichen Verträge mit den Verleih- und Vertriebsgesellschaften und den Theaterbesitzern zu schließen sowie Vervielfältigungsstücke zu veräußern. Übt der Hersteller das Recht innerhalb einer angemessenen Frist nicht aus, so ist der Urheber befugt, das Recht zurückzurufen. Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 findet Anwendung.

Das Recht des Herstellers, Dritten Beeinträchtigungen und Störungen seines Gewerbebetriebes zu untersagen, bleibt unberührt.

§ 4. Änderungsbefugnis. Nach der Abnahme der Filmhandschrift kann der Hersteller von dem Urheber Änderungen nur insoweit verlangen, als diese das Wesen des Filmwerks nicht berühren und infolge von Umständen, die der Hersteller nicht zu vertreten hat, insbesondere solchen technischer oder wirtschaftlicher Art, erforderlich werden.

Lehnt der Urheber ein berechtigtes Änderungsverlangen ab, so kann der Hersteller in dringenden Fällen selbständig von der Filmhandschrift abweichen.

Entsteht zwischen den Beteiligten Streit über die Berechtigung eines Änderungsverlangens, so entscheidet auf Antrag eines der beiden Streitteile eine vom Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda zu bestimmende Stelle. Diese Entscheidung ist endgültig.

Begründung:

§ 1. Abs. 1 trägt der Notwendigkeit Rechnung, den Grundsatz, daß Urheber nur der geistige Schöpfer sein kann, in einer Spitzenvorschrift ausdrücklich festzulegen.

Sinn des Urheberrechts ist Schutz des geistigen Schöpfertums vor Ausbeutung, Übervorteilung und Missbrauch jeder Art. Das gilt in besonderem Maße vom Filmurheberrecht. Der Umstand, daß ein Film heute in der Regel ge-

werbsmäßig hergestellt wird, steht dem nicht entgegen, sondern erhöht im Gegenteil das Schutzbedürfnis des geistigen Schöpfers. Der praktische Zweck, dem das Filmurheberrecht zu dienen hat, besteht darin, eine Besserung der Lage des deutschen Filmwesens durch Besserung der Lage des geistigen Schöpfers herbeizuführen. Für eine gesetzliche Regelung kommt es daher weniger darauf an, den bestehenden unbefriedigenden Zustand des Filmwesens rechtlich festzulegen, als darauf, eine Umgestaltung der tatsächlichen Verhältnisse zu bewirken und dadurch eine wesentliche Voraussetzung für Entstehung und Wachstum einer deutschen Filmkunst zu schaffen. Diese Grundsätze müssen auch der Auslegung der gesetzlichen Vorschriften als Richtschnur dienen. Die Vermutung spricht in jedem Falle dafür, daß die Rechtswirkungen des Gesetzes dem wahren Urheber zugutekommen, und ihn nach jeder Richtung hin schützen sollen.

Jede andere Auffassung würde sich zu den maßgebenden Ausführungen des Führers selbst („Mein Kampf“, Band 2, Kap. 1) in Widerspruch setzen. Allerdings sind in neuerer Zeit, in prinzipieller und systematischer Form zuerst im Jahre 1922, Anfechtungen und Bestreitungen des Grundsatzes, daß Urheber nur der geistige Schöpfer sein kann, für das Gebiet des Filmrechts laut geworden. Sie beruhen einerseits auf Erwägungen wirtschaftlich-finanzieller Art, die in der Tat an ihrer Stelle Berücksichtigung verdienen, jedoch für die Frage der Urheberschaft nicht ausschlaggebend sein können. Eine Übertragung wirtschaftlicher und finanzieller Gesichtspunkte auf andere, z.B. künstlerische Sachgebiete, müsste heute abgelehnt werden. Außerdem sind auch alle kollektivistischen Vorstellungen abzulehnen, die als weiterer Gesichtspunkt gegen den Begriff des geistigen Schöpfers ins Feld geführt werden. Der Begriff der Gemeinschaft ist nicht gleichbedeutend mit unterschiedsloser Gleichheit. Er darf nicht zu einer Aufhebung des Leistungsprinzips führen. Gerade auf dem Gebiete des Urheberrechts sind Abstufungen und Gliederungen der Leistungen innerhalb einer Gemeinschaft, insbesondere die Unterscheidung von geistig-schöpferischer und bloß nachschaffender und ausführender Tätigkeit erforderlich. Der Volksgemeinschaft wird im Urheberrecht dadurch gedient, daß schöpferische Leistungen ermöglicht, geschützt und nach Verdienst belohnt werden.

Abs. 2 stellt in seinem ersten Absatz eine konkrete, an äußerlich erkennbare Merkmale geknüpfte Urhebervermutung auf. Diese Vermutung geht davon aus, daß im rechtlichen Normal- und Idealfall bereits die Filmhandschrift die geistige Form und Gestalt des Filmwerks enthält, ähnlich einer Musikpartitur, während alle weiteren Tätigkeiten nur die Bedeutung einer Ausführung und Verwirklichung der in der Filmhandschrift enthaltenen Anweisungen besitzen. Ausführung und Verwirklichung einer Vorschrift ist begrifflich nicht deren Änderung, nicht Bearbeitung oder Neuschöpfung. Ein Unterschied von Filmrecht und Verfilmungsrecht ist nicht anzuerkennen, weil die Handschrift

ihrem Wesen nach bereits der Film ist, mag es auch zur äußeren Sichtbarmachung noch eines besonderen Verfahrens bedürfen. Darüber darf auch die, urheberrechtlich betrachtet, gleichgültige Tatsache nicht hinwegtäuschen, daß heute aus wirtschaftlichen Gründen ein Filmwerk jeweils nur eine einzige Inszenierung erfährt, und daß dann auf mechanischem Wege diese einmalige Inszenierung für alle Dauer festgehalten wird, ähnlich wie es auch in anderen Fällen, z. B. bei Schallplattenaufnahmen musikalischer Aufführungen und Vorträge möglich ist.

Den Begriff der Filmhandlung erfüllt nicht schon jedes literarische Exposé. Die Handschrift muss vielmehr nach spezifisch filmischen Gesichtspunkten ausgearbeitet sein. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß bereits ein kurbelfertiges Drehbuch vorliegt. Die Herstellung eines solchen Drehbuches ist nicht so sehr künstlerische als vielmehr technische Formung und Gestaltung. Sie wird daher in vielen Fällen nicht das Werk eines schöpferischen Künstlers, sondern eher die Arbeit eines Spezialisten sein, ähnlich wie bei der Instrumentation eines Musikstückes. Ein sog. Treatment wird in der Regel der Begriffsbestimmung der Filmhandschrift genügen.

Der zweite Halbsatz des Abs. 2 bringt den urheberrechtlichen Grundsatz der Mehrheit zum Ausdruck. Er bezieht sich auf den Fall, daß wesentliche Formungs- und Gestaltungsvorgänge ihren Niederschlag nicht in der Handschrift selbst finden, wenn z. B. der Regisseur mit Zustimmung des Verfassers der Handschrift während der Inszenierung wesentliche Umgestaltungen vornimmt, die sich später aus dem Inhalt des Bildstreifens rekonstruieren lassen, derart, daß in Wirklichkeit der Regisseur der geistige Schöpfer ist. Der Regisseur ist dann nicht als solcher, sondern aufgrund seiner formgebenden Tätigkeit Urheber.

Abs. 3 betrifft den Fall, daß ein Film, ohne ein Spielfilm zu sein, dennoch den Begriff des schöpferisch gestalteten Werkes erfüllt (Reichsparteitag-Film, Wehrmacht-Film). Ein solches Werk bedarf ebenfalls des urheberrechtlichen Schutzes, ist jedoch begrifflich vom Spielfilm zu unterscheiden, weil er keine eigentliche Handlung enthält.

Abs. 4 enthält keine Durchbrechung des Grundsatzes, daß Urheber der geistige Schöpfer ist, sondern seine Bestätigung. Die Tätigkeit des Komponisten ist schöpferisch und nicht bloß nachschaffend. Sie bildet im Rahmen des Gesamtwerkes einen selbständigen und unterscheidbaren Teil. Sie hat daher Anspruch auf urheberrechtlichen Schutz, und es besteht kein Anlass, sie in dem Urheberrecht am Gesamtwerk aufgehen zu lassen.

§ 2. Das Urheberrecht ist nach nationalsozialistischer Auffassung ein Ehrenrecht des geistigen Schöpfers und seines Werkes. Die Substanz des Urheberrechts ist die Urheberehre.

Abs. 1 entspricht in seiner allgemeinen Fassung dem Wesen der Ehre, die nicht in einer Summe von Einzelbestimmungen erschöpfend behandelt werden kann. Dem Wesen der Ehre entspricht auch die grundsätzlich unbegrenzte Möglichkeit ihrer Verletzung. Hier muss Rechtsschutz überall dort gewährt werden, wo ein echtes Schutzbedürfnis besteht. Der Einwand aus der Möglichkeit des Missbrauchs dieses Rechtsschutzes enthält keine für den Gesetzgeber beachtliche Erwägung. Diese Möglichkeit ist praktisch jeder rechtlichen Regelung gegenüber vorhanden. Ihr kann nur im Einzelfall begegnet werden, andernfalls würden derartige Gesichtspunkte mit logischer Notwendigkeit ins Unendliche führen. Vor allem aber ist das Argument aus der Möglichkeit des Rechtsmissbrauchs selbst missbräuchlich, wenn es dazu dient, einen wirksamen Schutz der Urheberehre, die im Mittelpunkt des Urheberrechts steht, zu verhindern. Auch der Gedanke der Rechtssicherheit steht dem nicht entgegen, denn nach richtiger Auffassung besteht keine echte Rechtssicherheit, wo es keinen echten Ehrenschutz gibt.

Eine beispielhafte Kennzeichnung typischer Befugnisse, die sich aus der Urheberehre ergeben, ist nichtsdestoweniger notwendig. Insbesondere werden geschützt: die Personen des Urhebers in der Urheberbezeichnung und die Substanz des Werkes, dessen Schöpfer gleichzeitig sein berufener Hüter ist. Darüber hinaus ergibt sich aus der dauernden Verbundenheit des Schöpfers mit seinem Werk die Notwendigkeit, dem Urheber einen Anteil an dem bei der gewerblichen Verwertung erzielten Gewinn zu sichern. Der vermögensrechtliche Gegenstand des sog. Folgerechts schließt den personenrechtlichen Ursprung dieses Rechtes und den wesensmäßigen Zusammenhang mit der Urheberehre nicht aus. Das Folgerecht ist dabei seinem Begriff nach nicht wie bei Werken der bildenden Kunst an die wirtschaftliche Voraussetzung des Eigentumswechsels gebunden, sondern muss sich in seiner Ausgestaltung den im Film üblichen Formen der gewerblichen Verwertung anpassen. Für die nähere Regelung bietet das Gesetz vom 4. Juli 1933 [RGBl. I 1933, 452] einen Anhaltspunkt; ihre Aufnahme in das Urhebergesetz empfiehlt sich nicht, weil sonst die grundsätzliche Entscheidung mit Einzelheiten wirtschaftlicher und technischer Art belastet würde. Die Unverzichtbarkeit (Abs. 2) folgt zwingend aus dem Wesen der Urheberehre.

§ 3. Die Rechtslage des Filmherstellers kann nur insoweit den Gegenstand einer *urheberrechtlichen* Regelung bilden, als sie das Verhältnis zwischen Hersteller und Urheber betrifft. Der Übergang der Nutzungsrechte, deren der Hersteller zur gewerblichen Verwertung des Filmwerkes bedarf, wird an den Zeitpunkt der Abnahme, d. h. der Billigung des Werkes geknüpft. Dagegen sollen nicht etwa die Werknutzungsrechte in ihrer Gesamtheit, d. h. die Summe aller gegenwärtigen und zukünftigen, in ihrer Bedeutung vielleicht zur Zeit des Vertragsschlusses noch völlig unübersehbaren Ausnutzungsrechte

übergehen, vielmehr bedarf es für jeden, über den Umfang des Abs. 1 S. 1 hinausgehenden Rechtsübergang einer besonderen Vereinbarung. Das gilt sowohl für die Frage der mehrfachen Inszenierung, die dem Urheber nicht oder nur aufgrund einer besonderen Abmachung zugemutet werden kann, als auch für solche neuartigen Verwertungsmöglichkeiten, die durch den Fortschritt der Technik geschaffen werden. Daß das Werk von einer anderen Person als der des Schöpfers gewerblich verwertet wird, ergibt sich nicht aus einem natürlichen Rechtsprinzip, sondern beruht auf der Organisation der Filmwirtschaft, die es dem Schöpfer nicht ohne weiteres erlaubt, die Verwertung selbst durchzuführen. Die Fülle der Werknutzungsrechte muss daher zunächst dem Urheber verbleiben.

Dem Recht des Herstellers, die geistige Schöpfung des Urhebers in besonderer Weise zu nutzen, muss auf der anderen Seite eine Gebundenheit entsprechen. Die Ausübung seiner Nutzungsrechte kann nicht seiner Willkür anheimgestellt werden. Wenn auch ein sog. Filmungszwang in der Regel wirtschaftlich nicht zumutbar sein dürfte, so ist es auf der anderen Seite für den Urheber nicht minder unzumutbar, sich in einem solchen Fall jeder Vorführungs- und Wirkungsmöglichkeit für sein Werk völlig zu begeben. Das Rückrufrecht ist daher der notwendige Billigkeitsausgleich für den Wegfall des Filmungszwanges. Wird für die Ausübung dieser Rechte eine *angemessene* Frist zugrunde gelegt, so erübrigt sich das gesetzestechnisch unbeholfene Verfahren der Forderung einer Nachfrist mit den Ausnahmen, die gegenüber einer solchen Vorschrift wieder für besondere Fälle wie Weigerung und offenbare Unmöglichkeit gemacht werden müssen.

Abs. 2 beruht auf der Erwägung, daß eine Regelung der gewerblichen Schutzrechte des Herstellers nicht Sache eines Urheberrechtsgesetzes sein kann. Soweit der Hersteller etwa als Treuhänder des Urhebers dessen Abwehrrechte ausübt, z.B. im Klagewege verfolgt, mag es bei der einzelvertraglichen Regelung sein Bewenden haben; hier bleibt immer ein selbständiges Recht des Urhebers neben der Ausübungsmöglichkeit für den Hersteller bestehen. Soweit dagegen der Hersteller ausschließlich die Interessen seines gewerblichen Betriebes schützt, muss die Regelung dieses Schutzrechtes dem gewerblichen Rechtsschutz vorbehalten bleiben.

§ 4. Abs. 1 zieht die sich aus dem Wesen des Urheberrechts ergebende Folgerung, daß das Filmwerk grundsätzlich so, wie es in der Filmhandschrift vorliegt, durch die Inszenierung sichtbar gemacht wird. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen Änderungen unumgänglich sind. Soweit dabei das Wesen des Filmwerks als solches berührt wird, ist die Zustimmung des Urhebers erforderlich und unersetzlich. Dagegen darf die Herstellung des Bildstreifens nicht daran scheitern, daß unwesentliche Änderungen, die etwa erforderlich werden, nicht vorgenommen werden können; man denke etwa an den Fall,

daß es sich als unmöglich erweist, eine Szene, die im Ausland spielen soll, dort aufzunehmen.

Abs. 2 sieht vor, daß der Hersteller bei Gefahr im Verzug die erforderlichen Maßnahmen selbständig treffen kann. Eine sachgemäße Regelung derartiger Fälle wird am leichtesten dann möglich sein, wenn der Urheber zur Inszenierung regelmäßig zugezogen wird.

Abs. 3 überträgt die Entscheidung eines Streitfalles über die Zulässigkeit von Änderungen einer sachkundigen Stelle. Der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ist ausgeschlossen; diese würden in unerträglicher Weise überlastet werden, wenn man sie in die Lage setzen wollte, in künstlerischen Fragen maßgebende Entscheidungen zu treffen.

57. Stellungnahme der Wissenschaftlichen Abteilung des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes zu dem von der amtlichen Strafprozeßkommission des Reichsjustizministeriums aufgestellten Entwurf einer Strafverfahrensordnung

Als Manuskript gedruckt.
Streng vertraulich.
Abgeschlossen am 12. September 1936

Inhaltsübersicht

Vorbemerkung

Die Aufgabe einer gesetzlichen Neuregelung des Strafverfahrensrechts unterscheidet sich wesentlich von allen anderen gesetzgeberischen Aufgaben. Ihre Besonderheit ist in folgenden Eigentümlichkeiten begründet:

1. *Das Strafverfahrensrecht ist ein Stück Verfassungsrecht*. Alle geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungen entscheiden wichtige strafverfahrensrechtliche Fragen, wie Festnahme und Verhaftung, Haussuchung, Vermögensbeschlagnahme, das Verhältnis von Strafe und Gesetz und die Stellung des Strafrichters. Die wesentlichen Einrichtungen und Begriffe des Strafverfahrens, Ankläger und Angeklagter, Gerichtsherr und Gericht, sowie die besonderen Zwangsmittel, die das Strafverfahren von anderen Prozeßarten unterscheiden, stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der politischen Gesamtverfassung ihrer Zeit und ihres Volkes. Von dem Gerichtsgang einfachster Stammesrechte bis zu dem komplizierten Strafprozeß des letzten Jahrhunderts hat dieser Zusammenhang sich in jedem Abschnitt der rechtsgeschichtlichen Entwicklung gezeigt. Auch das berühmte, zum Mythos gewordene Vorbild europäischer Verfassungen, die englische *Magna Charta* von 1215, enthält in ihrem Kern Strafverfahrensrecht; sie ist sogar ein Beispiel dafür, daß eine Neuordnung des Strafverfahrensrechts der Ausgangspunkt einer Umgestaltung der politischen Gesamtverfassung sein kann. „Staats- und Prozeßformen", sagt Rudolf Gneist, „spiegeln zu allen Zeiten das Abbild derselben Grundgedanken ab." Der Richter des gemeinrechtlichen deutschen Inquisitionsprozesses ist ein Abbild des absoluten Monarchen seines Zeitalters; der englische Geschworenenprozeß gehört zu einem monarchisch-parlamentarischen Gemeinwesen. Die Verfassungen des deutschen 19. Jahrhunderts, insbesondere auch die Verfassung des Zweiten Reiches von 1871, waren nach dem Wort des Führers ein „bürgerlich-legitimistischer Kompromiß"; in dem Zwiespalt von Staat und Gesellschaft suchten sie autoritäre und liberale Bestandteile zu vereinigen. Der heutige, aus dem französischen Recht übernommene, sog. reformierte deutsche Strafprozeß des 19. Jahrhunderts, insbesondere auch die geltende deutsche Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877, ist ein getreues Abbild desselben liberal-autoritären Kompromisses. Die sog. Emminger'sche Justizreform vom 4. Januar 1924 und die Notverordnung vom 14. Juni 1932 haben daran nur soviel geändert, als es der inzwischen eingetretene Verfall des liberalen Kompromißbestandteils mit sich brachte.

2. *Das Strafverfahrensrecht ist ein Teil des Strafrechts*. Sinn und Zweck der Strafe bestimmen die Gestalt des Strafverfahrens. Ist die Strafe nur Sicherung oder Schädlingsbekämpfung, so wird das Strafverfahren eine Aktion zur Unschädlichmachung eines wirklichen oder mutmaßlichen Schädlings. Im bolschewistischen Strafprozeß ist das folgerichtig durchgeführt. Wird die

Strafe als ein Heilungs- oder Erziehungsmittel angesehen, wie das einer individualistisch-humanitären Auffassung entspricht. so verwandelt sich der Strafrichter in einen Arzt oder einen Erzieher. Nur wenn die Strafe ein Ausdruck gerechter Sühne bleibt, behält ein geordnetes Strafverfahren seinen Sinn. Nur unter dieser Voraussetzung kann die Regelung des Strafverfahrens davon ausgehen, daß jeder Verbrecher rasch und entschieden der verdienten Strafe zugeführt werden muß, eine ungerechte Verurteilung aber Unrecht und Unheil ist und daher jeder wegen eines falschen Verdachts zur Verantwortung gezogene Volksgenosse das volle Recht haben muß, sich öffentlich vor einem Gericht zu verteidigen.

Seit über hundert Jahren hat das sog. materielle Strafrecht sich vom Strafverfahrensrecht losgelöst und in strafgesetzlichen Kodifikationen, in „Strafgesetzbüchern", verselbständigt. Diese Strafgesetzbücher kennen keinen einheitlichen Verbrechensbegriff mehr, höchstens läßt sich ein abstrakter Generaltatbestand (etwa: „Gehorsamsverletzung" oder „Pflichtwidrigkeit") aus ihnen abziehen; im übrigen enthalten sie, neben einem Allgemeinen Teil, in einem Besonderen Teil eine zusammenhanglose Reihe verschiedenartiger, gesetzlich umschriebener „Tatbestände". Der Satz „*nullum crimen sine lege*" bestimmt den Verbrechensbegriff dieser Strafgesetzbücher und die Eigenart des ihm zugeordneten Strafverfahrens. Die Unabhängigkeit des Richters beruht hier ganz auf seiner Gebundenheit an diese Art von festen Normen; das vom Staatsanwalt gehandhabte Anklagemonopol des Staats ist ganz auf dem „Legalitätsprinzip", also ebenfalls auf einer Gesetzgebundenheit aufgebaut. Richter und Staatsanwalt sind in erster Linie nicht als Persönlichkeiten, sondern als Funktionen einer geschriebenen Norm gedacht. Die neuere Entwicklung hat diesen Glauben an die geschriebene Norm und dieses Ideal einer gesetzesstaatlichen Tatbestandsmäßigkeit erschüttert. Die gesetzlichen Tatbestände enthalten in wachsendem Umfang „unbestimmte" und „wertausfüllungsbedürftige" Begriffe, „Generalklauseln" usw. Das Reichsgesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839) hebt das auf jenem gesetzesstaatlichen Verbrechensbegriff beruhende Analogieverbot auf und ersetzt es sogar durch ein Gebot der Berücksichtigung „des gesunden Volksempfindens" und der „Grundgedanken" der Strafgesetze. Das hat zur unmittelbaren Folge, daß in gleichem Maße auch das bisherige, eine feste Tatbestandsmäßigkeit voraussetzende Strafverfahrensrecht sich auflokkert und sowohl die Stellung des Richters wie die des Staatsanwalts sich ändert. Das Schwergewicht des einheitlich aufgefaßten Strafrechts verlagert sich dadurch vom sog. materiellen Strafrecht wieder mehr in das Strafverfahrensrecht.

3. *Das Strafverfahrensrecht ist eine besonders strenge Art von Verfahrensrecht*. Im Strafverfahren tritt die Hoheit der strafenden und sühnenden Volksgemeinschaft vor aller Welt offen zutage. Hier geht es um Ehre, Leben und

Freiheit von Volksgenossen. Mehr als bei jedem anderen Verfahren, mag es einen bürgerlichen Rechtsstreit oder verwaltungsrechtliche Angelegenheiten betreffen, müssen daher die Einrichtungen und Verfahrensweisen des Strafverfahrens zu einer festen und sicheren Ordnung gestaltet sein. In der Notwendigkeit einer sicheren Verfahrensordnung liegt eine „formale" und „juristische" Seite des Strafverfahrensrechts. Erst die ausgeprägte Form und Gestalt macht das Strafverfahren zu einem wirtlichen Verfahren. Das bedeutet aber nicht, daß ein formalistisches, nur technisches oder „neutrales" Verfahren erstrebt werden dürfte. Das Ziel einer gesetzlichen Neuregelung ist gerade nicht eine allgemeine Verfahrensregelung, die nur eine leere Form mit auswechselbarem Inhalt für die verschiedensten Zeiten und Völker liefert. Die besondere Aufgabe der Neuordnung des Strafverfahrens liegt vielmehr darin, Form und Gestalt des Verfahrensrechts sowohl mit der politischen Gesamtverfassung, wie mit der weltanschaulich bedingten Auffassung der Strafe in Einklang zu bringen und dadurch eine in sich folgerichtige Verfahrenseinheit zu gestalten. Nur wenn das gelingt, entsteht ein dem nationalsozialistischen Reich zugehöriges neues Strafverfahrensrecht, dem das deutsche Volk Vertrauen entgegenbringen kann.

Unter diesen Gesichtspunkten ist der von der amtlichen Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums aufgestellte Entwurf einer Strafverfahrensordnung im Folgenden geprüft worden. Diese Prüfung ist eine Arbeit der Wissenschaftlichen Abteilung des NS-Rechtswahrerbundes. Sie greift weder der Stellungnahme des NS-Rechtswahrerbundes noch irgendeiner anderen maßgeblichen Beurteilung vor. Sie ist an keinem einzigen Punkte Kritik nur der Kritik wegen. Sie will die Leistung des Entwurfs nicht verkleinern, sondern nur zu der Klärung und der Vertiefung beitragen, die aus den genannten Gründen für eine gesetzliche Neuregelung des Strafverfahrensrechts unentbehrlich sind.

Erster Abschnitt: Aufbau und Gliederung des Entwurfs

Der „Entwurf einer Strafverfahrensordnung" gliedert sich in sechs Bücher mit folgenden Überschriften: *Grundsätze: Gang des Verfahrens; Gemeinsame Verfahrensvorschriften; Rechtsbehelfe; Besondere Verfahrensarten; Kosten.*

Wie sich aus den vorausgeschickten „Leitgedanken zur Erneuerung des Strafverfahrens" ergibt, verfolgt der Entwurf mit diesem Aufbau das Ziel, „die an sich schon nüchterne Verfahrensordnung lesbarer und anschaulicher zu machen, die das ganze Verfahren beherrschenden großen Leitgedanken klar herauszuarbeiten und das feste Gerippe jedes Verfahrens klar und übersichtlich hervortreten zu lassen". Das Ziel, das der Entwurf sich damit setzt, ist richtig. Vor allem ist dem Entwurf darin zuzustimmen, daß es der Heraus-

arbeitung einfacher, das Gesamtverfahren beherrschender Grundsätze bedarf. Davon hängt nicht nur die Lesbarkeit und Anschaulichkeit, sondern auch die innere Folgerichtigkeit des Gesetzgebungswerkes ab. Aufbau und Gliederung eines großen Gesetzgebungswerkes sind nicht eine Angelegenheit bloßer Gesetzestechnik, sondern Ausdruck der zugrundeliegenden Weltanschauung.

I. Der Entwurf bringt unter der Überschrift „*Grundsätze*" zunächst „in einem kurzen ersten Buch in zwölf Vorschriften die Hauptgrundsätze, gleichsam die zwölf Gebote des neuen deutschen Strafprozesses". Die Bedeutung der „Grundsätze" des ersten Buches ist offenbar eine andere als die der „Gemeinsamen Verfahrensvorschriften", die im dritten Buch behandelt sind. Bei diesen handelt es sich um eine Ausklammerung und Zusammenfassung „gemeinsamer" Vorschriften für einzelne Verfahrensarten, um einen Allgemeinen Teil im Sinne des herkömmlichen Sprachgebrauchs, wie er für die Gesetzgebungswerke früherer Zeiten kennzeichnend war, d.h. von Einzelregelungen wesentlich technischer Art. Die „Grundsätze" des Entwurfs dagegen haben einen Allgemeinen Teil von anderer Art im Auge, nämlich einen weltanschaulich-bekenntnishaften Allgemeinen Teil im Sinne der bekannten Vorschläge von Staatssekretär Dr. *Freisler*, nach denen das künftige deutsche Strafgesetzbuch neben dem Besonderen Teil zwei verschiedene Allgemeine Teile, einen technisch-neutralen und einen weltanschaulich-bekenntnishaften Allgemeinen Teil umfassen würde. Der vorliegende Entwurf einer Strafverfahrensordnung enthält in diesem Sinne *zwei Allgemeine Teile*, deren erster am Anfang des Gesamtwerkes im ersten Buch, deren zweiter dagegen erst im dritten Buch zu finden ist. In der Zweiheit des Allgemeinen Teils, die auf diese Weise bewirkt wird, liegt eine bemerkenswerte Neuerung gegenüber dem herkömmlichen Gesetzesaufbau.

1. Es kann als ein Schönheitsfehler angesehen werden, daß der *weltanschaulich-bekenntnishafte Teil* ein besonderes *Buch neben anderen „Büchern*" darstellt, die ausschließlich technisch-neutrale Einzelregelungen enthalten. Dadurch entsteht möglicherweise der Eindruck, als lägen die „Bücher" sämtlich auf der gleichen Ebene und stände der weltanschaulich-bekenntnishafte Teil des Gesetzes zu Vorschriften über „Rechtsbehelfe" und über „Kosten" in dem gleichen sachlichen Verhältnis wie die Vorschriften über Rechtsbehelfe und Kosten untereinander. Besser wäre es, den weltanschaulich-bekenntnishaften Teil aus dem Gesamtaufbau der „Bücher" herauszulösen und ihm eine auch äußerlich alle Einzelregelungen beherrschende Stellung zu geben. Dadurch wäre vermieden, daß ein Gesetzbuch mit „Grundsätzen" anfängt und mit „Kosten" aufhört. Ein weltanschauliches Bekenntnis gehört seinem Wesen nach nicht in ein einzelnes „Buch" vor andern Büchern, sondern in einen dem Gesamtwerk sein Gepräge gebenden Vorspruch.

2. Daß die „Grundsätze“ des Entwurfs nicht in der Gestalt eines Vorspruchs, sondern als Zusammenfassung von zwölf aneinandergereihten Einzelvorschriften in einem „Buch“ erscheinen, ist vielleicht keine bloße Äußerlichkeit. Der tiefere sachliche Grund hierfür liegt darin, daß es sich in diesem Buch nicht um ein weltanschauliches Bekenntnis handelt. Die „zwölf Gebote des neuen deutschen Strafprozesses“ sind *in Wahrheit keine „Gebote*“ in dem auszeichnenden und anspruchsvollen Sinn, den eine solche Bezeichnung hat.

a) Die „Grundsätze“ bringen zunächst in §§ 1–4 eine Reihe *allgemeiner Aussagen* über das Ziel der Strafrechtspflege (§ 1 Entw.) und über gerechte, schnelle und volksverbundene Strafrechtspflege (§§ 2–4). Die Spitzenvorschrift des § 1 bezeichnet es als „Aufgabe der Strafrechtspflege“, das „Verbrechen zu bekämpfen“. Diese Formulierung trifft das gerade der Strafrechtspflege eigentümliche Ziel insofern nicht, als noch manche andere Arten staatlicher Tätigkeit, Verwaltungsmaßnahmen und Polizeiaktionen dem gleichen Ziel dienen, ohne deshalb Strafrechtspflege zu sein. Wird § 1 aber als eine grundsätzliche Entscheidung aufgefaßt, so ist die Deutung möglich, daß sich der Entwurf in seinem ersten Grundsatz zu einer technisch-zweckhaften Strafrechts- und Strafverfahrensauffassung bekennen will. Dann wäre das künftige deutsche Strafrecht in erster Linie von dem Zweck der Verbrechens- und Schädlingsbekämpfung beherrscht; es wäre wesentlich *Sicherungs*strafrecht und das künftige deutsche Strafverfahren infolgedessen in erster Linie eine wenn auch teilweise gerichtsförmig durchgeführte Polizeiaktion. Dieser Auslegung steht aber § 2 Entw. entgegen, der daran festhält, daß „Gerechtigkeit die unerschütterliche Grundlage für die Ausübung der Strafgewalt sein muß“. Die weitere Formulierung des § 2, daß es „die Pflicht aller Organe der Strafrechtspflege“ sei, „nach Wahrheit und Recht zu forschen“, bezeichnet ebenfalls zwar keine besondere Ausgabe gerade der Organe der Strafrechtspflege; der Gesamtinhalt des § 2 enthält aber jedenfalls eine Abschwächung des § 1, falls dieser als eine Entscheidung im Sinne einer überwiegend technischen Strafverfahrensauffassung gemeint sein sollte. Für die „Grundsätze“ eines Strafverfahrens ist es wesentlich, ob das Strafverfahren in erster Linie der Sicherheit oder der gerechten Sühne zu dienen bestimmt ist. Leitsatz 6 der von Reichsleiter Reichsminister Dr. *Frank* herausgegebenen „Nationalsozialistischen Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht“ sagt: „Aufgabe des nationalsozialistischen Staates ist es, den Treuebrecher durch gerechte, sühnende Bestrafung zu treffen.“ Satz III des von Staatssekretär Dr. *Freisler* vorgeschlagenen „Grundsätzlichen Teiles“ eines neuen Strafgesetzbuches bezeichnet als „Zweck des Strafrechts“: „Das Strafrecht dient der Sühne für Untaten und dem Schutze des Volkes; es soll den Lebenswillen des Volkes stärken.“ Die „Grundsätze“ des Entwurfs der Strafverfahrensordnung dagegen treffen keine hinreichende klare Entscheidung zwischen einem verwaltungsmäßigen *Sicherungs*strafrecht und einem gerichtsförmig durchgeführten echten *Sühne*strafrecht.

Auch die folgenden Vorschriften des ersten Buches führen nicht zu einer klaren Entscheidung. In § 3 wird die Forderung nach „größter Beschleunigung des Verfahrens“ zu einem selbständigen, gleichberechtigten, zwischen dem Erfordernis der Gerechtigkeit und der Volksverbundenheit stehenden Grundsatz erhoben; dadurch wird ein die Erwägungen der Gerechtigkeit relativierender, rein technischer Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt. In § 4 allerdings wird auf die im Volk verwurzelte Auffassung des Strafrechts, also wohl auf ein Sühnestrafrecht, verwiesen. Wenn dann in § 5 dem Staatsanwalt eine unparteiische Amtsführung, in § 6 dem Richter Erforschung der lauteren Wahrheit von Amts wegen, und in § 8 dem Verteidiger Unterstützung des Richters bei Findung der Wahrheit und eines gerechten Urteilsspruches ausdrücklich zur Pflicht gemacht wird, so liegt das alles in der Richtung eines von dem Gedanken gerechter Sühne beherrschten Verfahrens. Auch die Vorschrift des § 12 über „Ernst und Würde der Hauptverhandlung“ spricht gegen die Auffassung des Strafverfahrens als einer wesentlich vom Sicherungszweck bestimmten Maßnahme oder einer Polizeiaktion. Eine Polizeiaktion hat möglichst prompt und möglichst wirksam, nicht aber nach den Gesichtspunkten einer „eindrucksvollen und würdigen Gestaltung“ vorzugehen.

b) Die §§ 5–9, die sich an die in den §§ 1–4 enthaltenen allgemeinen Aussagen über das Ziel der Strafrechtspflege anschließen, sind *allgemeine Kennzeichnungen* der einzelnen am Strafverfahren beteiligten Personen, ihrer Ämter und Verrichtungen und beschreiben in der Hauptsache einen bestehenden Zustand, wenn auch neue Ausdrücke und Wendungen gebraucht werden. Den Kennzeichnungen der einzelnen Ämter werden jeweils allgemeine sittliche Verhaltungsmaßregeln angefügt. Ein für die Zukunft verpflichtendes weltanschauliches Bekenntnis zum Nationalsozialistischen Recht ist darin noch nicht zu erkennen.

c) Es folgt in §§ 10 und 11 eine *Wiederholung* der überlieferten, in der geltenden StPO. bereits festgelegten allgemeinen Grundsätze über *Mündlichkeit, Unmittelbarkeit* und *Öffentlichkeit* des Strafverfahrens. Auch hier bekennt sich der Entwurf zu einem bestehenden Zustand. Allerdings könnte ein neuer Gedanke darin gefunden werden, daß in § 11 die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung eine besondere Begründung erhält, indem „nach deutscher Sitte vor dem Volke Recht gesprochen“ werden soll. Aber damit wird die Gefahr einer Verwechslung herbeigeführt. Die bisherige bürgerlich-liberale „Öffentlichkeit“ ist etwas anderes als eine vorläufig noch nicht vorhandene echte Volks- und Gerichtsöffentlichkeit, die erst das Ergebnis längerer völkischer Erziehung sein könnte und für die Zukunft nicht in erster Linie auf einer „Sitte“, sondern auf einer bewußten politischen Entscheidung beruhen würde. Die abschließende Vorschrift über „Ernst und Würde der Hauptverhandlung“ (§ 12) eignet sich infolge ihrer Selbstverständlichkeit kaum zur

ausdrücklichen Aufnahme in ein weltanschauliches Bekenntnis; sie ist in ihrer allgemeinen Fassung jedenfalls kein „Gebot“.

3. An *keiner Stelle* nehmen die „Grundsätze“ des Entwurfs auf eine *weltanschauliche Entscheidung* unserer Zeit Bezug. Sie ziehen auch keine Folgerung aus einer vorausgesetzten weltanschaulichen Entscheidung, etwa in der oben erörterten Frage des Sicherungs- oder des Sühnestrafrechts. Sie erwähnen nicht die nationalsozialistische Weltanschauung, nicht die Staat und Volk tragende Bewegung und nicht den Führer der Bewegung. Sie sprechen nicht davon, daß die nationalsozialistische Weltanschauung Auslegungsmaßstab aller Gesetze und damit auch der neuen Strafverfahrensordnung ist, sondern „erwägen“ lediglich in einer Anmerkung die Aufnahme einer besonderen Vorschrift über Auslegung der Gesetze nach „gesundem Volksempfinden“. Sie sprechen auch nicht von der Bedeutung, die der Führergrundsatz für das Strafverfahrensrecht haben könnte, sondern kennen nur „Organe“ der Strafrechtspflege. Sie enthalten nirgends eine Einrichtung oder einen Begriff des neuen Verfassungsrechts. Statt dessen bewegen sie sich einerseits in Verhaltungsmaßregeln einer allgemein-menschlichen Sittlichkeit und andererseits in Gedankengängen reiner Zweckhaftigkeit. Sie könnten sämtlich ebensogut der Prozeßordnung irgendeines „staatsbetonten“ autoritären Gemeinwesens zugrunde liegen. Das weltanschauliche Bekenntnis ist zwar als notwendig erkannt und gefordert, aber in diesen „Grundsätzen“ nicht verwirklicht.

II. An die „Grundsätze“ des ersten Buches schließen sich im zweiten Buch Vorschriften über den *Gang des Verfahrens*. Über den Sinn dieses Aufbaus äußern sich die „Leitgedanken“ folgendermaßen: „Das zweite Buch führt dann in einem Zug das Bild des typischen Strafverfahrens des praktischen Lebens von der ersten Anzeige bis zum Urteilsspruch vor.“ Das zweite Buch des Entwurfs entspricht dem „Verfahren erster Instanz“ der geltenden StPO. Die „Allgemeinen Bestimmungen“ der StPO. folgen im dritten Buch unter der Überschrift „Gemeinsame Verfahrensvorschriften“.

1. Dem weltanschaulich-bekenntnishaften Allgemeinen Teil folgt also nicht unmittelbar der Allgemeine Teil im bisherigen technisch-neutralen Sinne. Mit diesem Aufbau stellt sich der Entwurf in bewußtem Gegensatz zur bisherigen Regelung. In der Sache wird damit *keine Verbesserung* erzielt. Der überlieferte Aufbau hat die Folgerichtigkeit des Allgemeinen Teils für sich. Ein Allgemeiner Teil im technisch-neutralen Sinne einer Ausklammerung und Zusammenfassung allgemeiner Bestimmungen für jede Lage und Stufe des Verfahrens und für jede Verfahrensart muß dem Besonderen Teil notwendig vorangehen. Darin liegt der Sinn jedes Allgemeinen Teils. Der Allgemeine Teil soll, nach dem „Leitgedanken“ des Entwurfs, „die das ganze Verfahren beherrschenden großen Leitgedanken“ herausarbeiten. In der Rechtslehre der letzten Jahre ist oft in Zweifel gezogen worden, ob sich ein

solches Ziel durch Ausklammerung abgezogener allgemeiner Bestimmungen erreichen läßt. Gibt man diesen Zweifeln in einer Strafverfahrensordnung Raum, so folgt daraus nicht eine einfache Umstellung, sondern die Beseitigung des Allgemeinen Teils. Folgt man ihnen nicht, so muß auch der Allgemeine Teil seine frühere Stellung beibehalten. Eine dritte Möglichkeit besteht nicht. Der Entwurf entscheidet sich weder für die neuere Auffassung noch für diejenige der geltenden StPO. Er gelangt zu einer *Zwischenlösung*, die von keinem Standpunkt aus folgerichtig ist. Übersichtlichkeit des Aufbaues und Lesbarkeit des Gesetzes werden dadurch sehr beeinträchtigt.

Ein praktischer Versuch, den Besonderen Teil des Gesetzes vorauszuschicken und den Allgemeinen Teil folgen zu lassen, ist in der Denkschrift „Nationalsozialistisches Strafrecht" des Preußischen Justizministeriums gemacht worden. Die Denkschrift suchte hier einen völlig neuen Aufbau der Strafgesetzgebung durchzuführen. Bei folgerichtiger Weiterentwicklung dieses Ansatzes hätte der Allgemeine Teil nicht nur seine Stellung, sondern auch Bezeichnung und Sinn wechseln müssen. Der bisherige Besondere Teil hätte in der Art eines volkstümlichen Lehrbuchs eine Beschreibung der einzelnen strafrechtlichen Tatbestände und ihrer rechtlichen Folgen geboten. Der bisherige Allgemeine Teil wäre zu einer Dienstvorschrift oder Ausführungsanweisung umgestaltet worden und hätte die Auslegung, Anwendung und Handhabung der strafrechtlichen Tatbestände durch die staatliche Behördenordnung zum Gegenstand gehabt. Die alte und berechtigte Forderung, daß das Volk das Recht kennen soll, wäre ihrer Erfüllung nähergerückt, und zugleich hätte die staatliche Behördenordnung eine bis ins einzelne ausgearbeitete Richtlinie zur Entscheidung von Zweifeln und Streitfragen allgemeiner Art erhalten. Entsprechende Vorschläge sind im rechtswissenschaftlichen Schrifttum gemacht worden.

Die Strafrechtsentwürfe des Reichsjustizministeriums sind den Gedanken der Preußischen Denkschrift nicht gefolgt, sondern *kehren zum überlieferten Aufbau zurück*. Im Gegensatz zu ihnen scheint der Entwurf einer Strafverfahrensordnung geneigt, den neuen Bestrebungen Zugeständnisse zu machen. Dabei wird aber der Verschiedenheit von Strafrecht und Strafverfahrensrecht nicht hinreichend Rechnung getragen. Das Strafrecht wendet sich an die Gesamtheit des Volkes, das Strafverfahrensrecht zum größten Teil an staatliche Behörden. Die Vorschriften des Strafrechts fordern Befolgung durch das ganze Volk; das Strafverfahrensrecht enthält überwiegend Vorschriften für Behörden, die das Strafrecht anwenden und handhaben sollen. Die Forderung, daß das Volk auch die Strafverfahrensordnung kennen und verstehen soll, bleibt unberührt, ebenso die Notwendigkeit, die verfassungsrechtliche Bedeutung des Strafverfahrens in einem Vorspruch zu würdigen. Der unmittelbar praktische Zweck des Strafverfahrensrechts schließt jedenfalls ähnliche Einteilungen wie die für das Strafrecht vorgeschlagenen aus.

2. Der *Aufbau* des zweiten Buches des Entwurfs ist, auch wenn man die Richtigkeit des Ausgangspunktes unterstellt, in seiner weiteren Durchführung *nicht einfach und klar* genug. Der Entwurf hat sich darauf beschränkt, die „Allgemeinen Bestimmungen“ in ihrer Gesamtheit umzustellen, so daß sie nunmehr den jetzigen Vorschriften über den „Gang des Verfahrens“ nachfolgen. Diese „Allgemeinen Bestimmungen“ enthalten aber Vorschriften von ganz verschiedener Art, darunter zu einem wesentlichen Teile solche, die, wie z. B. Zuständigkeitsvorschriften, nicht Verfahrensvorschriften sind, die vielmehr bei den Vorschriften über den „Gang des Verfahrens“ vorausgesetzt werden müssen.

a) Bestimmungen über sachliche Zuständigkeit der Gerichte (§§ 1–6 StPO.). Gerichtsstand (§§ 7–21 das.). Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen (§§ 22–32) und Verteidigung (§§ 137–150) müssen den Vorschriften über den Gang des Verfahrens *vorausgehen*, denn es handelt sich dabei um Vorschriften über Verfassung des Gerichtswesens, Vorschriften institutioneller, nicht funktioneller Art. Ohne sie sind Vorschriften über den Gang des Verfahrens nicht verständlich. Nach dem Aufbau des Entwurfs spielt sich das Verfahren nicht vor einem bestimmten zuständigen Gericht ab, sondern vor einem Gericht, von dem nicht feststeht, wie es mit dem Verfahren befaßt werden konnte, ja, nicht einmal, um welches Gericht es sich überhaupt handelt. Der Entwurf schildert Amtshandlungen bestimmter Behörden, ehe er diese Behörden eingeführt hat. Das gleiche gilt für die Bestimmungen über den Verteidiger. Der Entwurf sieht sich daher genötigt, überall unausgesprochen und gelegentlich auch (z. B. im Falle der notwendigen Verteidigung, § 60) ausdrücklich vom zweiten Buch auf das dritte zu verweisen. Dadurch büßt die Verfahrensordnung an Lesbarkeit und Anschaulichkeit ein.

b) Bestimmungen über gerichtliche Entscheidungen und ihre Bekanntmachung (§§ 33–41 StPO.), sowie über Fristen und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 42–47) erscheinen im Entwurf ohne erkennbaren Grund am Schluß des dritten Buches (§§ 256–267; 268–272 Entw.). Erst hier erscheinen die Vorschriften über Anhörung der Beteiligten, Begründung von Beschlüssen und Rechtsmittelbelehrung, nachdem vorher von Beschlüssen in zahlreichen Fällen die Rede war. Das dritte Buch bringt eine allgemeine Vorschrift über gerichtliche Niederschriften, nachdem vorher bereits Sondervorschriften über die Niederschrift der Hauptverhandlung gegeben wurden (§§ 262, 92). Infolge dieses Aufbaus sieht sich der Entwurf genötigt, in der *späteren* allgemeinen Vorschrift auf die *frühere* Sondervorschrift zu *verweisen*.

c) Bestimmungen über Mittel der Wahrheitserforschung, d. h. über den Beweis durch Zeugen, Sachverständige und Augenschein, stellt der Entwurf ins dritte Buch (§§ 150–198 Entw.; vgl. §§ 48–93 StPO.), während die Beweisaufnahme selbst im zweiten Buch geregelt wird (§§ 21 ff., 45 ff.). Bei der

Regelung der *Beweisaufnahme* steht nichts darüber fest, *welcher Art* die erhobenen *Beweise* sind.

d) Bestimmungen über Beschlagnahme und Durchsuchung (§§ 94–111 StPO.), Verhaftung und vorläufige Festnahme (§§ 112–132) und Vernehmung des Beschuldigten (§§ 133–136) betreffen Maßnahmen, die grundsätzlich in jeder Lage des Verfahrens erfolgen können, sind aber *nicht „gemeinsame Verfahrensvorschriften*“, die im dritten Buch ihren Platz finden könnten (§§ 144–149; 199–252 Entw.). Es ist nicht ersichtlich, für welche Mehrheit von besonderen Fällen diese Vorschriften „gemeinsam“ sein könnten. Die geltende StPO. behandelt sie unter „Allgemeinen Bestimmungen“, weil sie ihnen eine erhöhte weltanschauliche Bedeutung beimißt; hier war für die Strafprozeßordnung des 19. Jahrhunderts und damit auch für die deutsche StPO. von 1877 der Fall gegeben, daß auch die Ausklammerung technisch-neutraler Allgemeiner Bestimmungen unter weltanschaulichen Gesichtspunkten von grundsätzlicher Bedeutung war. Der Entwurf nimmt die Vorschriften ohne weiteres in das dritte Buch auf, obwohl nach seiner eigenen Regelung die Vernehmung des Beschuldigten vor Erhebung der Anklage zwingend vorgeschrieben ist, also in den „Gang des Verfahrens“ gehört. Die Vernehmung wird zwar im zweiten Buch erwähnt, Zweck und nähere Umstände werden aber erst im dritten angegeben (§§ 22, 148 Entw.).

3. Die geltende StPO stellt die Allgemeinen Bestimmungen teils aus zutreffenden logischen, teils aus heute nicht mehr verbindlichen weltanschaulichen Erwägungen an den Anfang des Gesetzes. Der Entwurf stellt den weltanschaulichen Teil an den Anfang und holt den technisch-neutralen Teil im dritten Buch nach. Das zweite Buch enthält eine allgemeine Regelung eines nicht näher bestimmten Verfahrens vor einem nicht näher bestimmten Gericht. Es ist daher kein echter Besonderer Teil, sondern wird ebenfalls zu einem Allgemeinen Teil. Der Entwurf ist *überkonstruiert*; er hat bei näherer Betrachtung *drei allgemeine Teile*. Der Versuch einer Beseitigung des Allgemeinen Teils endet mit dem Ergebnis, daß sich die Verfahrensordnung zunächst in eine Zweiheit, später in eine Dreiheit von Allgemeinen Teilen auflöst. Das zweite Buch schildert nicht mehr ein bestimmtes Verfahren, etwa ein „Verfahren erster Instanz“, sondern das „typische“ Verfahren, ohne daß gesagt würde, welches Verfahren der Entwurf als typisch ansieht. Die Annahme liegt nahe, als seien das Verfahren im ersten Rechtszug und das Rechtsmittelverfahren grundsätzlich in gleicher Weise als ein „typisches Verfahren“ gedacht. Im Vergleich dazu enthält die geltende StPO. noch sehr klare Vorstellungen über das „typische Verfahren“, weil sie zunächst das Verfahren erster Instanz behandelt, das Rechtsmittelverfahren in seinen Besonderheiten darstellt und im übrigen auf das Verfahren erster Instanz verweist. Vom Standpunkte des Entwurfs hätten die „Gemeinsamen Verfahrensvorschriften“ mit den „Vorschriften über den Gang des Verfahrens“ ver-

schmolzen werden können. Die Zuweisung einer Vorschrift in eins der beiden Bücher ist ebensowenig einleuchtend wie die Unterscheidung der beiden Bücher überhaupt. Der Entwurf setzt regelmäßig in der früheren Vorschrift die spätere voraus. Das zweite Buch rechnet mit einer Reihe von unbekannten Größen, die erst im dritten Buch einen bestimmten Wert erhalten.

4. Der Entwurf gliedert das zweite Buch in *zwei Hauptstücke*, die das *Vorverfahren* (§§ 13–39) und das *Hauptverfahren* (§§ 40–93) behandeln. Es ist zweifelhaft, ob darin eine Verbesserung gegenüber dem Aufbau der geltenden StPO. liegt. Diese unterscheidet nicht ausdrücklich zwischen Vorverfahren und Hauptverfahren. Sie betrachtet das Verfahren im ersten Rechtszug als ein einheitliches Verfahren, das in der Hauptverhandlung seinen Abschluß findet, während die übrigen Verfahrensabschnitte die Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung und die Vorbereitung der Hauptverhandlung zum Gegenstand haben. Die Regelung des Entwurfs erweckt den Anschein, als handele es sich um zwei selbständig nebeneinander stehende Verfahrensabschnitte. Dabei muß in den Vorschriften über das Vorverfahren auf das Hauptverfahren verwiesen werden (§ 21).

Im zweiten Hauptstück sind *Hauptverhandlung* und *Urteil* in *zwei selbständigen Abschnitten* geregelt (§§ 52–80; 81–93). Die geltende StPO. trennt die Vorschriften über die Hauptverhandlung nicht von denjenigen über das Urteil, weil das Urteil einen wesentlichen Bestandteil der Hauptverhandlung bildet und grundsätzlich am Schluß der Hauptverhandlung ergeht. Der Aufbau einer Strafverfahrensordnung muß dieser Tatsache Rechnung tragen und daher Hauptverhandlung und Urteil in einem gemeinsamen Abschnitt behandeln. Soll das Urteil einen selbständigen Abschnitt erhalten, so ist dieser Abschnitt zweckmäßig ein Unterabschnitt des Abschnittes über die Hauptverhandlung; neben diesen Unterabschnitt könnte ein entsprechender Unterabschnitt treten, der etwa die Überschrift: „Verfahren bis zum Urteil“ zu tragen hätte. Der Aufbau des Entwurfs hat die weitere Folge, daß die Niederschrift der Hauptverhandlung (§ 92) im Abschnitt über das Urteil geregelt wird. Der einzige Grund hierfür könnte darin erblickt werden, daß auch die geltende StPO. die Verhandlungsniederschrift *nach* dem Urteil behandelt. Die geltende StPO. enthält jedoch keinen besonderen Abschnitt über das Urteil. Daher liegt kein Widerspruch darin, daß sie die Niederschrift im Abschnitt über die Hauptverhandlung erst nach dem Urteil behandelt. Der Entwurf müßte die Vorschrift des § 92 folgerichtig in den Abschnitt über die Hauptverhandlung stellen. Statt dessen regelt er die Bildung einer Einheitsstrafe im Abschnitt über die Hauptverhandlung (§ 96). Die Vorschrift über Verweisung an das zuständige Gericht (§ 80) setzt die Regelung der Zuständigkeit nach der Strafgewalt voraus, die im dritten Buch enthalten ist (vgl. § 115). Eine Vorschrift über Rechtsschöpfung (§ 82) aber gehört richtigerweise weder in den Abschnitt über „Gang des Verfahrens“ noch in die „Gemeinsamen Verfah-

rensvorschriften“, sondern teils in das Strafgesetzbuch, teils in einen weltanschaulich-bekenntnishaften Teil der Verfahrensordnung.

III. Im dritten Buch des Entwurfs folgt der bisherige Allgemeine Teil im technisch-neutralen Sinne unter der Überschrift „*Gemeinsame Verfahrensvorschriften*“. Die Abweichung gegenüber den bisherigen „Allgemeinen Bestimmungen“ liegt einmal darin, daß das Wort „allgemein“ durch das Wort „gemeinsam“ ersetzt ist, und ferner darin, daß die „Allgemeinen Bestimmungen“ der StPO. nicht ausschließlich *Verfahrensvorschriften* sind.

1. Das Wort „Gemeinsame Vorschriften“ findet sich im Entwurf an zahlreichen Stellen, zunächst im dritten Buch selbst, so im 1. Hauptstück, innerhalb des 1. Unterabschnitts (§§ 112–116), ferner im 3. Hauptstück, 2. Abschnitt, 4. Unterabschnitt (§§ 245–252), im 4. Hauptstück mit der Überschrift „Andere gemeinsame Vorschriften“ (§§ 253–272). Das vierte Buch enthält „Gemeinsame Vorschriften“ im 2. Hauptstück, 2. Abschnitt, 1. Unterabschnitt (§§ 289–298); auffällig ist, daß hier, ohne daß ein Grund für die Abweichung erkennbar wäre, die „Gemeinsamen Vorschriften“ den Besonderen Vorschriften über Berufung und Rechtsrüge vorausgeschickt sind, während sie bei dem sonst durchgeführten Aufbau den Besonderen Vorschriften folgen. Das vierte Buch enthält daneben im ersten Hauptstück „Allgemeine Vorschriften“ (§§ 273–278). Hier fehlt es an einem erkennbaren Grund für die Abweichung vom sonst üblichen Sprachgebrauch[1].

In der Sache sind die „Gemeinsamen Verfahrensvorschriften“ des Entwurfs *gleichbedeutend mit den „Allgemeinen Bestimmungen*“ der geltenden StPO. Die Vorschriften des ersten Hauptstücks über Richter, Staatsanwalt und Beteiligte (§§ 94–149) sind nicht Vorschriften für eine unbestimmte Vielheit von Richtern, Staatsanwälten und Beteiligten, sondern Vorschriften für die einheitliche Gesamtheit der Richter, Staatsanwälte und Beteiligten; oder anders ausgedrückt, nicht Vorschriften für mehrere Richter, Staatsanwälte und Beteiligte, sondern für *den* Richter, Staatsanwalt und Beteiligten schlechthin und allgemein. Das zweite Hauptstück (§§ 150–198) behandelt ebenso allgemein die Mittel der Wahrheitserforschung und gibt nicht etwa bloß gemein-

---

[1] Die Bedeutung des Wortes „Gemeinsame Vorschriften“ deckt sich nicht mit der Bedeutung von „Allgemeinen Vorschriften“. Die Ausdrücke „Gemeinsame Vorschriften“ und „Allgemeine Vorschriften“ sind nicht beliebig vertauschbar, und es muß einen tieferen Sinn haben, daß der Entwurf der ersteren Bezeichnung gewöhnlich den Vorzug gibt. Allgemeine Vorschriften betreffen eine Gesamtheit und daher eine Einheit, während gemeinsame Vorschriften eine Vielheit betreffen. Eine Allgemeinheit beruht auf begrifflicher Notwendigkeit, während eine Gemeinsamkeit auf Zufall beruhen kann. Eine Allgemeinheit begründet eine selbständige Ordnung und Gattung über den einzelnen besonderen Arten, während eine Gemeinsamkeit nicht notwendig ein Über- oder Unterordnungsverhältnis voraussetzt, und die Gattungszugehörigkeit der einzelnen Gegenstände, denen Gemeinsamkeiten zukommen, unberührt läßt.

same Vorschriften für eine Anzahl solcher Mittel. Das dritte Hauptstück behandelt in gleicher Weise die Zwangsmittel (§§ 199–252). Endlich sind die Vorschriften des vierten Hauptstückes (§§ 253–272) nicht andere gemeinsame, sondern andere allgemeine Verfahrensvorschriften. Der Entwurf spricht hier selbst nicht mehr von „Andern gemeinsamen *Verfahrens*vorschriften", sondern nur mehr von „Andern gemeinsamen Vorschriften". Es wäre auch nicht angängig, z. B. Vorschriften über „Sprachgebrauch" (§ 272) unter die Überschrift „Andere gemeinsame Verfahrensvorschriften" zu bringen.

2. Der Entwurf *vermehrt* die *Allgemeinen Teile*, stellt „Gemeinsame Vorschriften" neben „Gemeinsame Vorschriften" und schafft *neue allgemeine Begriffe*, für die kein sachlich notwendiger Grund ersichtlich ist.

a) Im ersten Hauptstück faßt er unter dem allgemeinen Begriff des „*Beteiligten*" den Beschuldigten und seinen Verteidiger zusammen (§§ 128–149). Nun gibt es im Entwurf zwar gemeinsame Vorschriften für Beschuldigten und Verteidiger. Im wesentlichen aber ist die Stellung des Beschuldigten und Verteidigers völlig verschieden. Sie gehören nicht in höherem Maße in die gleiche Ordnung und Gattung als z. B. Beschuldigter und Verletzter, Staatsanwalt und Beschuldigter, Staatsanwalt und Verletzter, Staatsanwalt und Verteidiger, Richter und Staatsanwalt. Alle diese Personen sind am Verfahren „beteiligt", und es ist nicht recht einzusehen, weshalb aus diesem Kreise gerade Beschuldigter und Verteidiger herausgelöst und unter einen allgemeinen Begriff zusammengefaßt werden. Erläutert wird dieser Begriff erst im vierten Hauptstück in der Vorschrift über Sprachgebrauch (§ 272), während die geltende StPO. den Sprachgebrauch im Voraus festlegt, damit die fraglichen Ausdrücke von Anfang an und nicht erst nachträglich verstanden werden können (§ 157 StPO.). Bei Festlegung des Sprachgebrauchs im Entwurf (§ 272) ergibt sich dann, daß Beschuldigter und Verteidiger nicht, wie im ersten Hauptstück angenommen werden mußte, die einzigen Beteiligten sind. Vielmehr kommen noch hinzu der Einziehungsbeteiligte und der Betroffene. Daß der Einziehungsbeteiligte beteiligt ist, wäre selbstverständlich, wenn das erste Hauptstück nicht einen engeren Begriff des Beteiligten verwandt hätte. Der Begriff des Betroffenen aber ist ebenso bestimmt oder unbestimmt wie derjenige des Beteiligten und kann diesen daher nicht erläutern. Statt dessen erheben sich Zweifel, ob etwa auch der Staatsanwalt durch Ablehnung seiner Anträge „betroffen" wird und damit, ebenfalls entgegen dem ersten Hauptstück, als „Beteiligter" anzusehen ist.

b) Im zweiten Hauptstück faßt der Entwurf Zeugen, Sachverständige und Augenschein als „*Mittel der Wahrheitserforschung*" (§§ 150–198) zusammen. Der Begriff des „Mittels der Wahrheitserforschung" umfaßt dabei nicht nur Zeugen, Sachverständige und Augenschein, sondern deckt auch die Unterscheidung von Beweismitteln und Mitteln der Glaubhaftmachung. Die

geltende StPO. (§ 26 Abs. 2 StPO.) behandelt die Glaubhaftmachung als abgeschwächten Beweis; sie kennt einen beides umfassenden, allgemeinen Begriff nicht. Ebensowenig betrachtet sie nur Zeugen, Sachverständige und Augenschein als „Beweismittel". Der Entwurf übersieht, daß Mittel der Glaubhaftmachung nicht in dem gleichen Sinne wie echte Beweismittel Mittel der Wahrheitserforschung sind, weil sie nur „Wahrscheinlichkeit", nicht, wie echte Beweismittel, volle richterliche Überzeugung begründen. Dieser nicht unwesentliche Unterschied wird durch den allgemeinen Begriff „Mittel der Wahrheitserforschung" verdeckt. Zudem erläutert der Entwurf den Begriff der Glaubhaftmachung erst in einem späteren Abschnitt über „Entscheidungen, Niederschriften, Mitteilungen" (§ 257).

c) Im dritten Hauptstück werden Untersuchungshaft, Beschlagnahme, Durchsuchung und Untersuchung als „*Zwangsmittel*" zusammengefaßt. Der Entwurf spricht in den „Leitgedanken" zwar von „sogenannten" Zwangsmitteln, legt aber trotzdem seinem Aufbau diesen Begriff zugrunde (§§ 199–252). Die aufgezählten Maßnahmen sind nicht notwendig Zwangsmittel. Sie dienen der Sicherung von Beweisstücken und Einziehungsstücken und verwandten Zwecken (vgl. § 224), nicht aber dem Zwang als solchem. Sie werden auch nicht notwendig zwangsweise durchgeführt. Der Entwurf rechnet selbst mit der Möglichkeit, daß der Betroffene mit einer körperlichen Untersuchung einverstanden ist (§ 251 Abs. 3). Die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist vorher in einer Sondervorschrift (§ 244 Abs. 2) geregelt.

d) Im vierten Hauptstück (§§ 253–292) stellt der Entwurf unter der Überschrift „*Andere gemeinsame Vorschriften*" diejenigen Bestimmungen zusammen, für die sich keine geeignete Stelle gefunden hat. Es handelt sich dabei um Vorschriften, deren Kenntnis für das Verständnis der vorangehenden Vorschriften unerläßlich ist, nämlich „Verbindung und Trennung" (§ 253), „Entscheidungen, Niederschriften, Mitteilungen" (§§ 256–267), „Fristen, Sprachgebrauch" (§§ 268–272). Die geltende StPO. regelt weit zweckmäßiger Verbindung und Trennung bereits in ihrem Abschnitt über Zuständigkeit (§§ 2 ff.). Eine Zusammenfassung von Fristen und Sprachgebrauch (§§ 268–272 Entw.) ist willkürlich und läßt erkennen, daß es sich bei diesen „Anderen gemeinsamen Vorschriften" um eine äußerliche Nebeneinanderstellung nicht untergebrachter Regelungsreste handelt.

IV. Im vierten Buch des Entwurfs folgen Vorschriften über „*Rechtsbehelfe*" (§§ 273–350). „Rechtsbehelf" ist im Entwurf ein allgemeiner Begriff, der neben den Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne, nämlich Beschwerde, Berufung und Rechtsrüge (§§ 279–330), andere Rechtseinrichtungen des Verfahrens bezeichnet, die keine Rechtsmittel sind, nämlich die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 335–350) und die Wiederholung einer versäumten Hauptverhandlung (§§ 331–334).

1. Die geltende StPO. kennt den Begriff des Rechtsbehelfs nicht. Sie behandelt im dritten Buch die Rechtsmittel, nämlich Beschwerde, Berufung und Revision (§§ 296–358), im vierten Buch die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359–373) und in einer einzigen Vorschrift des zweiten Buchs die Wiederholung einer versäumten Hauptverhandlung (§ 235).

Der heutige Sprachgebrauch verwendet das Wort „Rechtsbehelf" in einer doppelten Bedeutung. In der weitesten Bedeutung gehört dahin jede verfahrensrechtliche Handlung einer Partei, die der Verwirklichung eines von ihr in Anspruch genommenen Rechts zu dienen bestimmt ist, so z. B. auch die Klageerhebung. Eine engere Bedeutung umfaßt jede rechtliche Möglichkeit der Herbeiführung einer anderweiten Entscheidung, so z. B. außer den Rechtsmitteln und den weiteren im Entwurf genannten Rechtsbehelfen den Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§§ 98 Abs. 2, 172, 346, 413 ff., 419 ff., 458 ff. StPO.) und den Einspruch gegen einen amtsrichterlichen Strafbefehl (§ 407 StPO.). Die Besonderheit der Rechtsmittel wird in der Hemmung der Rechtskraft und der Abwälzung der Sache auf ein höheres Gericht erblickt.

Der Sprachgebrauch des Entwurfs stimmt mit dem bestehenden Sprachgebrauch *nicht* überein. Das vierte Buch des Entwurfs umfaßt nicht alle Möglichkeiten der Herbeiführung einer anderweiten Entscheidung, z. B. nicht den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen einen Haftbefehl und andere Verfügungen des Staatsanwalts (§§ 214, 183 Entw.) und den Einspruch gegen einen Strafbefehl (§ 361). Der Entwurf greift eine Anzahl von Rechtsbehelfen heraus, stellt sie im vierten Buch zusammen und erweckt dadurch den Anschein, als handle es sich hier um eine erschöpfende Regelung aller Rechtsbehelfe. Außerdem werden die Vorschriften über Wiederholung einer versäumten Hauptverhandlung aus ihrem natürlichen Zusammenhang herausgenommen. Der Entwurf erläutert auch, trotz seiner sonstigen Neigung zu allgemeinen Begriffen, nicht den Begriff des Rechtsmittels selbst. Die Wesensverschiedenheit von Rechtsmitteln, die die Rechtskraft hemmen, von der Wiederaufnahme des Verfahrens, die Rechtskraft voraussetzt, tritt nicht deutlich genug hervor. Ebenso verblaßt der Unterschied, der darin liegt, daß einige Rechtsbehelfe der Beseitigung eines durch eine Entscheidung verursachten Nachteils, andere dagegen, wie die Wiederholung einer versäumten Hauptverhandlung und jede Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Beseitigung eines durch Versäumnis des Betroffenen eingetretenen Nachteils dienen. Auch hier wird das Gesetz durch die Herausbildung allgemeiner Begriffe unübersichtlich.

2. Die Bezeichnung des 2. Abschnitts des 2. Hauptstückes als „*Anfechtung von Urteilen*" (§§ 289–324) ist nicht genau, weil auch Wiederaufnahme des Verfahrens und Wiederholung einer versäumten Hauptverhandlung sich gegen Urteile richten. Ferner sind Wiederaufnahme des Verfahrens und Wieder-

holung einer versäumten Hauptverhandlung nicht eigentlich „Rechtsbehelfe“; sondern das Wiederaufnahme*gesuch* und der Wiederholungs*antrag* sind Rechtsbehelfe, während Wiederaufnahme und Wiederholung selbst Folgen einer durch Einlegung des Rechtsbehelfs veranlaßten gerichtlichen Anordnung sind.

V. Im fünften Buch folgen unter der Überschrift „*Besondere Verfahrensarten*“ (§§ 351–410) Vorschriften über richterliche Voruntersuchung (§§ 351–359), vereinfachte Verfahren (§§ 360–372), Verfahren gegen Flüchtige und Abwesende (§§ 373–384) und Verfahren mit besonderen Zwecken (§§ 385–410).

Bei der richterlichen Voruntersuchung handelt es sich nicht um eine besondere Verfahrensart, sondern um einen zusätzlichen Abschnitt des Vorverfahrens. Das Wesen des Verfahrens wird durch die Hinzufügung eines solchen Abschnittes nicht verändert. Besondere Verfahrensarten sind Arten des *Verfahrens im Ganzen*, nicht Arten nur des Vorverfahrens. Die richterliche Voruntersuchung gehört ins zweite Buch, in den Zusammenhang mit der Regelung des Vorverfahrens (vgl. §§ 178–197 StPO.).

Umgekehrt betrifft das Verfahren gegen Flüchtige und Abwesende eine abweichende Gestaltung der Hauptverhandlung, nicht aber des Verfahrens als solcher (§§ 373, 380 Entw.). Diese Vorschriften gehören ins zweite Buch, und zwar in den Abschnitt über das Hauptverfahren (vgl. §§ 275–295 StPO.). Nur beim Verfahren gegen Abwesende, die sich der Wehrpflicht entzogen haben (§§ 380–384) handelt es sich um eine besondere Verfahrensart, und zwar wegen des beteiligten Personenkreises, nicht aber, weil es sich um ein Abwesenheitsverfahren handelt.

Zweiter Abschnitt: Sachlicher Inhalt der vorgeschlagenen Regelung

I. *Auflockerung des bisherigen Verfahrens.*

Die „Leitgedanken“ des Entwurfs sprechen in zahlreichen Wendungen von einer „*Auflockerung*“ des Verfahrens. Auch auf andern Rechtsgebieten, insbesondere im sog. materiellen Strafrecht, wird heute oft von „Auflockerungen“ gesprochen. Es handelt sich hier offenbar um eine tiefergehende Entwicklungsrichtung, die eine besondere Prüfung des Entwurfs unter dem Gesichtspunkt der Auflockerungen erforderlich macht.

1. *Übersicht* über die Auflockerungen des Entwurfs:

a) Ein *besonderer Abschnitt* der „Leitgedanken“ befaßt sich ausschließlich mit der „Auflockerung des Verfahrens“. Die Aufzählung betrifft im einzelnen: Einschränkung des Anwesenheitszwangs in der Hauptverhandlung (§§ 56–58 Entw.); Erleichterung der Erweiterung der Anklage und der An-

wendung eines anderen Strafgesetzes (§§ 63, 75); Erweiterung des Rechts zur Verlesung von Schriftstücken (§§ 66–71); freiere Gestaltung des richterlichen Ermessens bei der Behandlung von Beweisanträgen (§ 65); Verstärkung der Möglichkeit der Einschränkung uferloser Prozesse (§§ 27, 64); Zulassung der Wahlfeststellung (§ 89); Beseitigung förmlicher Bindungen des Gerichts an Zustimmung des Angeklagten zu bestimmten Prozeßhandlungen (§§ 63, 78, 131 f.); Einschränkung der Fälle notwendiger Verteidigung (§§ 131 f.). Andere wichtige Auflockerungen wie z. B. die Auflockerung des Verfolgungszwangs (vgl. Anm. 3 zu § 19 Entw.) werden innerhalb dieser Aufzählung nicht ausdrücklich als solche erwähnt.

b) Außerdem ist an einer *Reihe weiterer Stellen* der „Leitgedanken" von Auflockerungen die Rede. Die gegenseitige Bindung und Überwachung von Staatsanwaltschaft und Gericht soll aufgelockert, Rechtsrüge (§§ 309, 319, 320, 322) und Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 335 ff.) lockerer gestaltet werden. Die Einführung eines „zwanglos gestalteten, mit leichter Hand zu führenden", „locker" gestalteten, friedensrichterlichen Verfahrens wird in einer besonderen Friedensrichter- und Schiedmannsordnung vorgeschlagen.

c) In anderen Fällen sprechen die „Leitgedanken" von „*Neuerungen*". So ist im Zusammenhang mit der Auflockerung der gegenseitigen Bindungen von Staatsanwaltschaft und Gericht von „neuen" Rechten und Pflichten der Staatsanwaltschaft die Rede. Ferner wird von Neuerungen innerhalb des Beeidigungsrechts gesprochen (§§ 171–175); von Neuerungen in der Ausgestaltung der Zwangsmittel, insbesondere der Untersuchungshaft (§§ 199–223) und Beschlagnahme (§§ 224–236); von „völliger Umgestaltung" der Voruntersuchung (§§ 351–359); von „völligem Neubau" des Verfahrens gegen flüchtige Verbrecher; vom Feststellungsverfahren als „völliger Neuerung" (§§ 397–400); von einem „ganz neuen" Verfahren zur Entschädigung des Verletzten (§§ 401–410); endlich von „Neuland", das mit den Vorschlägen über das friedensrichterliche Verfahren betreten sein soll.

d) Die Neuerungen des Entwurfs können aber auch der *Richtigstellung* von Auflockerungen dienen, die sich in der Rechtspraxis gegen den Willen des Gesetzgebers ergeben haben. Hierfür ist die Regelung des Beeidigungsrechts (§ 173) ein Beispiel. In der Durchführung des Ges. zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren vom 24. Nov. 1933 (RGBl. I S. 1008) hatten sich erhebliche Mißstände gezeigt, die dazu führten, daß die Beeidigung zur Ausnahme wurde. Der Entwurf sucht die Beseitigung des Eides im Strafverfahren zu verhindern. Andere Neuerungen haben eine mehr technisch-zweckhafte Bedeutung, z. B. die Feststellungshaft (§ 222 Entw.), die der Feststellung unbekannter Personen dient. Auch die Abgrenzung der Verantwortung der „am Prozeß beteiligten staatlichen Organe" wird von den „Leitgedanken" durch Erwägungen technisch-zweckhafter Art gerechtfertigt, indem sie in den

Dienst der „Sicherung einer straffen und schnellen Justiz“ gestellt wird. Das gilt sowohl für die neue Ausgestaltung der Stellung der Staatsanwaltschaft als „verantwortlicher Vertretung der Staatsführung“ als auch für die neue Stellung des „Vorsitzers“ des Gerichts als Verhandlungsleiters im Hauptverfahren (§ 53 Entw.; § 134 Entw. GVG.). Die letztgenannte Neuerung wird zwar auf den „Führergrundsatz“ zurückgeführt; dieser Grundsatz wird vom Entwurf aber nur für die Verhandlungsleitung, nicht für den Urteilsspruch und „einige dem Urteilsspruch gleichwertige Entscheidungen“ anerkannt und damit auf einen nach Ansicht des Entwurfs von technisch-zweckhaften Gesichtspunkten aus zu regelnden Bereich beschränkt. Auf die rechtsgrundsätzliche und weltanschauliche Bedeutung der Stellung der Staatsanwaltschaft und des „Vorsitzers“ im neuen Verfahren wird noch zurückzukommen sein; hier genügt die Feststellung, daß vom Standpunkt des Entwurfs aus die Bedeutung der nicht nur auflockernden Neuregelung in einer technischen Ausbesserung des bisherigen Verfahrens liegt.

2. Die Übersicht ergibt, daß der Entwurf die Grundlagen des bisherigen Verfahrens unberührt läßt; neben einer allgemeinen Auflockerung bringt er eine Neuordnung nur in Einzelheiten. Jede Auflockerung einer bestehenden Regelung schließt die Weitergeltung der bestehenden Regelung und ihrer wesentlichen Grundlagen in sich. Auch die Neuerungen, von denen der Entwurf spricht, sind in der Sache nur weiter durchgeführte Auflockerungen, wie schon die Übersicht erkennen läßt. Sie enthalten *keinen neuen Gestaltungsgrundsatz*. Es liegt in der Natur einer „Auflockerung“, daß sie leicht weitere Auflockerungen nach sich zieht. Die Auflockerung des Verfahrens im ersten Rechtszug führt z. B. gleichzeitig zu einer Auflockerung des Rechtsmittelverfahrens. Die „Leitgedanken“ sprechen davon, daß die neue Stellung des Revisionsgerichts die Möglichkeit gebe, „Mißgriffen“ zu begegnen. Man gelangt also zu einer mehrfachen Auflockerung, die im Ergebnis eine Auflockerung der ersten Auflockerung und schließlich eine Aufhebung des ganzen Prinzips zur Folge haben kann. In der Ersetzung des bestimmten Wortes „Rechtsmittel“ durch das allgemeine Wort „Rechtsbehelf“ deutet sich bereits an, daß hier mit den Einrichtungen auch die Benennungen und die Begriffe aufgelockert werden. Dabei tritt der Zusammenhang der „Auflockerung“ mit den im ersten Abschnitt behandelten Allgemeinen Teilen und allgemeinen Begriffen hervor; solche Verallgemeinerungen haben ihrerseits oft die Wirkung, klare und bestimmte Einrichtungen und Begriffe aufzulösen.

3. Die Grundlagen des Entwurfs sind *im wesentlichen unverändert* die Grundlagen des bisherigen Strafverfahrens. Aber auch wenn die unveränderte Übernahme bewußt erfolgt, ist es anläßlich einer gesetzlichen Neuregelung unbedingt notwendig, sich die Grundlagen dieses übernommenen Verfahrens einen Augenblick zu vergegenwärtigen. Der heutige Strafprozeß ist in seinem Gesamtaufbau immer noch der französische, sog. reformierte Prozeß, wie er

aus der französischen Revolution und dem napoleonischen Kaiserreich hervorging und um die Mitte des 19. Jahrhunderts in ganz Deutschland eingeführt wurde, nachdem sich bis dahin seine Geltung auf die Rheinlande beschränkt hatte. Die Kompromißnatur des reformierten Prozesses äußerte sich darin, daß sowohl sein organisatorischer Ausbau wie sein Gang des Verfahrens zwiespältig waren. Zwei verschiedene staatliche Organe wirken zusammen: die weisungsgebundene Staatsanwaltschaft und das unabhängige Gericht; dabei sind beide Organe streng an das Gesetz gebunden. Das Verfahren zerfällt dementsprechend in zwei selbständige, von verschiedenartigen und sogar entgegengesetzten Maximen beherrschte Abschnitte; das geheime Vorverfahren wird dem Staatsanwalt, das von den Grundsätzen der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit beherrschte Hauptverfahren dem Richter zugewiesen. Endlich wird ein ebenfalls dualistisch angelegtes Rechtsmittelverfahren errichtet, das in der Berufung ein zweites Erstinstanzverfahren mit wiederholter Tatsachenprüfung, in der Revision (richtiger: im Kassationsrekurs) eine Richtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung des Gesetzes enthält.

In sämtlichen Erneuerungsvorschlägen und Gesetzgebungsvorarbeiten des späteren 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts sind die Grundlagen des reformierten Prozesses zwar von verschiedenen Seiten her aufgelockert, niemals aber bewußt und offen in Frage gestellt worden. Auch die Auflockerungen und Neuerungen des Entwurfs sind nicht „völlig neu“, nicht „Neubau“ und „Neuland“ in dem Sinne, daß sie über jene Vorschläge und Vorarbeiten wesentlich hinausgingen. Der Staatsanwaltschaft hat z. B. schon die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924 neue Befugnisse gegeben, insbesondere das Recht, durch ihren Antrag die Zuständigkeit des Gerichts im ersten Rechtszuge und damit gleichzeitig auch die des Rechtsmittelgerichts zu begründen. Auch mit der freieren Gestaltung des richterlichen Ermessens bei der Behandlung von Beweisanträgen ist hier bereits begonnen und das Rechtsmittelverfahren durch weitgehende Zulassung der Berufung schon hier aufgelockert. Ein Entwurf des Reichsjustizministers *Schiffer* aus den Jahren 1919/20 befürwortet nicht nur den Wegfall des Eröffnungsbeschlusses und der richterlichen Voruntersuchung (vgl. §§ 40–42, 115, 351–359 Entw.), sondern ersetzt auch bereits das Wort „Revision“ durch das Wort „Rechtsrüge“ (§§ 309 ff.) und sieht ein Adhäsionsverfahren zur Entschädigung des Verletzten vor (§§ 401–410). Das Bestreben, überkommene Einrichtungen weiterzuführen und die Entwicklungslinie nicht zu unterbrechen, ist begreiflich, doch muß darauf geachtet werden, daß dieses Bestreben nicht etwa dazu führt, die Macht des nationalsozialistischen Reiches für spätliberale Erneuerungswünsche einzusetzen. Dort, wo die Erneuerungsbestrebungen bei folgerichtiger Durchführung wirklich vom Boden des bisherigen Prozesses wegführen, ist darauf zu achten, daß sie nicht zu sehr eine nur technisch-zweckhafte und insofern liberale Begründung erhalten.

II. *Gefährdung der inneren Einheitlichkeit des Verfahrens.*

Jedes Verfahren verträgt nur ein begrenztes Maß von Auflockerungen. Darüber hinaus gefährden die Auflockerungen die innere Einheitlichkeit des Verfahrens. Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob nicht der Entwurf die Einheit und Geschlossenheit des ordentlichen Verfahrens von zwei Seiten her gefährdet, erstens von der Seite des Vorverfahrens und zweitens von der Seite der „Rechtsbehelfe" her.

1. Der Entwurf macht, wie sich schon aus dem Aufbau des zweiten Buches (§§ 13–39; 40–93 Entw.) ergibt, eine *scharfe Trennung von Vorverfahren und Hauptverfahren*. Der Staatsanwalt wird „Herr des Vorverfahrens" (§ 16), der „Vorsitzer" des Gerichts Herr des Hauptverfahrens, richtiger: der Hauptverhandlung (§ 53). Wer Herr des Verfahrens als Ganzen ist, sagt der Entwurf nicht. Diese Frage ist wichtig; sie wird aber nicht gestellt. Die Regelung des Entwurfs läßt nicht erkennen, ob nicht vielleicht absichtlich ein Verfahren geschaffen werden soll, das als Ganzes überhaupt keinen einheitlichen Herrn hat.

a) Im Vorverfahren *beseitigt* der Entwurf in weitestem Umfang *die richterlichen Einwirkungsbefugnisse*. Der Staatsanwalt „bestimmt den Gang der Ermittlungen" (§ 16 Abs. 1). Er hat das Recht der abschließenden Vernehmung des Beschuldigten (§ 22) und damit Recht und Pflicht zur Wahrheitserforschung (§ 148), die in den „Grundsätzen" (§ 6) als Kennzeichnung des Richters erscheinen. Der Staatsanwalt trifft eine Reihe einschneidender Maßnahmen gegen den Beschuldigten: er entscheidet ohne richterliche Prüfungsmöglichkeit über Vermögensbeschlagnahme (§ 235), Unterbringung in eine öffentliche Heil- und Pflegeanstalt (§ 242), Beschlagnahme, Durchsuchung, Untersuchung und körperliche Eingriffe (§ 245). Die Beschwerde geht als befristete Beschwerde an den vorgesetzten Staatsanwalt (§ 288). Der Staatsanwalt entscheidet auch über den Erlaß des *Haftbefehls* (§ 213). Hier wird mit dem alten Gedanken des „*habeas corpus*" gebrochen, wonach einem Freien seine Freiheit nur durch richterlichen Spruch genommen werden darf; hier soll allerdings eine Anrufung des Richters zulässig sein, aber erst, wenn seit Beginn der Untersuchungshaft zwei Wochen verstrichen find (§ 214). Dem Richter ist nur noch die *eidliche Vernehmung* von Zeugen und Sachverständigen vorbehalten (§ 19); doch ist er nur für die Abnahme des Eides als solche, nicht für die sachliche Entscheidung über die Beeidigung zuständig (§ 19 Abs. 3). Zwar ist die Beeidigung, wenn sie im Vorverfahren erfolgen soll, an das Vorliegen gesetzlich umschriebener Voraussetzungen geknüpft (§ 174); über das Vorliegen entscheidet jedoch in diesem Falle der Staatsanwalt, und zwar selbst dann, wenn die Vernehmung durch einen Richter erfolgt (§ 175 Abs. 3).

Die richterlichen Einwirkungsbefugnisse im Vorverfahren, die in solcher Weise auf ein Mindestmaß beschränkt sind, erscheinen außerdem als *Ausnah-*

men vom Grundsatz der Herrschaft des Staatsanwalts im Vorverfahren. Sie sind vom Standpunkt dieses Grundsatzes aus kaum zu rechtfertigen. Der Entwurf verteilt die Zuständigkeit zwischen Richter und Staatsanwalt nicht nach dem sachlichen Inhalt ihrer Tätigkeiten, sondern nach äußeren Verfahrensabschnitten. Er hält nicht mehr daran fest, daß einschneidende Maßnahmen, wie z. B. der Haftbefehl, eine richterliche Anordnung voraussetzen und nicht dem Verwaltungsermessen anheimgestellt werden können. Ein die Zuständigkeitsverteilung bestimmender Grundsatz darf nicht von Ausnahmen durchbrochen werden, die seine Eigenschaft als Grundsatz zweifelhaft machen. Der Entwurf macht aber solche Ausnahmen, wenn er die Beeidigung dem Richter vorbehält (§ 171 Abs. 2), dem Eid also doch noch eine besondere Bedeutung beilegt, die es verhindert, den Eid als bloße Verwaltungsmaßnahme zu behandeln, andererseits aber den Richter bei der Abnahme des Eides zum bloßen Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft macht. Die zweite derartige Ausnahme liegt darin, daß der Richter bei der Entscheidung über den Haftbefehl als Aufsichtsinstanz gegenüber der Staatsanwaltschaft angerufen werden kann, wobei allerdings die Vorschrift, daß die richterliche Entscheidung erst nach einer Frist von zwei Wochen angerufen werden kann (§ 214 Abs. 2), einer wirksamen Aufsicht wieder entgegensteht und die Bedeutung der Ausnahme wieder abgeschwächt wird. Beide Ausnahmen widersprechen der grundsätzlichen Regelung, weil sie gerade die wichtigsten Fälle betreffen, und außerdem in sich verschiedenartig sind und keinen einheitlichen Gesichtspunkt erkennen lassen. Der Richter soll nach der Absicht des Entwurfs aus dem Vorverfahren ausscheiden und doch nicht völlig ausscheiden. Der Grundsatz der Herrschaft der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren ist nicht folgerichtig durchgeführt.

b) Mit den übrigen richterlichen Einwirkungsbefugnissen im Vorverfahren ist auch die *richterliche Voruntersuchung* grundsätzlich *beseitigt*. Eine Ausnahme soll nur gelten, wenn „außergewöhnliche Umstände die Führung des Vorverfahrens durch einen Richter gebieten“ (§ 351 Abs. 1). Wann dieser Ausnahmefall vorliegt, wird nicht gesagt. Die „Leitgedanken“ deuten nur an, daß dieser Fall „selten“ eintreten wird; sie rechnen damit, daß es erwünscht sein könnte, durch Richterspruch festzustellen, ob Gründe für die Einstellung des Verfahrens vorliegen. Die richterliche Voruntersuchung findet nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft statt. Ob der Antrag abgelehnt werden kann, ergibt der Wortlaut der Regelung nicht; die „Leitgedanken“ nehmen jedoch auf die neue Fassung des § 179 S. 2 Bezug, wonach „dem Antrag zu entsprechen“ ist. Nach Abschluß der Voruntersuchung kann die Staatsanwaltschaft entweder Anklage erheben (§ 357) oder Einstellung durch das Gericht beantragen (§ 358). Auch diese Regelung hat etwas Unstimmiges. Es ist nicht ersichtlich, weshalb auf Grund nicht andeutungsweise näher gekennzeichneter „außergewöhnlicher Umstände“ die Führung des Vorverfahrens auf das Ge-

richt übergehen soll. Ferner müßte, wenn es zur richterlichen Voruntersuchung kommt, auch für die Eröffnung des Hauptverfahrens ein Gericht zuständig sein. Soll aber endlich das Gericht *nicht* über die Eröffnung des Hauptverfahrens befinden, so dürfte es auch nicht über die Einstellung befinden, weil es sich hier um die Bejahung oder Verneinung der gleichen Frage handelt. Die Entscheidung über die Einstellung, d. h. eine dem Beschuldigten günstige Entscheidung wird an strengere Voraussetzungen geknüpft als eine Entscheidung, die ihm ungünstig ist. Die Begründung ist, daß nach Einstellung die Anklage nur auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel erhoben werden kann (§ 358 Abs. 5). Eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft würde diese Wirkung nicht haben, weil die Weisungsgebundenheit entgegensteht. Die Einstellungsmöglichkeit ist nach den „Leitgedanken" die hauptsächliche Rechtfertigung der Voruntersuchung im Entwurf. Diese Möglichkeit könnte aber auch auf andere Weise gesichert werden als durch das umständliche Verfahren der Eröffnung einer Voruntersuchung, nämlich, wenn man bei der Herrschaft der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren bleibt, durch einen einfachen Antrag der Staatsanwaltschaft. Vor allem aber müßte in der gesetzlichen Regelung klargestellt werden, welcher Art die Fälle sind, in denen das Verfahren durch Richterspruch eingestellt werden soll, ob es z. B. darauf ankommt, welcher Art die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat ist, welches Gericht für das Hauptverfahren zuständig sein würde (§ 178 StPO.), oder inwieweit der Sachverhalt zugunsten des Beschuldigten geklärt ist.

c) Der Entwurf *beseitigt* ferner das *Zwischenverfahren* (§§ 203 ff. StPO.) und das *Klageerzwingungsverfahren* (§§ 172 ff. StPO.). Er knüpft den Beginn des Hauptverfahrens und damit die Rechtshängigkeit an die bloße Einreichung einer Anklageschrift (§ 40). Der Vorsitzer hat ohne Vorprüfung die Hauptverhandlung anzusetzen (§ 42). Eine Anhörung des Beschuldigten durch das Gericht (§ 201) findet nicht statt. Ebenso entfällt der Eröffnungsbeschluß (§§ 203 ff., 207 ff. StPO.). Selbst seine fachliche und örtliche Zuständigkeit darf das Gericht nur auf Grund der Hauptverhandlung verneinen (§ 115 Entw.). Diese Regelung betrachtet der Entwurf als Folgerung aus der Herrschaft der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren. Die Folgerung ist jedoch nicht zwingend. Es versteht sich nicht von selbst, daß der Herr des Vorverfahrens auch über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet oder auch im Falle des Klageerzwingungsverfahrens die Eröffnung des Hauptverfahrens vereitelt. Mit dem gleichen Recht ließe sich sagen, daß der Herr des Hauptverfahrens auch über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheiden muß, und zwar nicht nur dann, wenn die Staatsanwaltschaft die Eröffnung beantragt, sondern auch dann, wenn sie die Anklage nicht erheben will und damit die Eröffnung unmöglich macht. Die Regelung des Entwurfs gibt dem Ankläger die Möglichkeit, den Beschuldigten von sich aus in den Anklagezustand zu versetzen, während nach aller geschichtlichen Überlieferung Anklage und

Versetzung in den Anklagezustand verschiedene Handlungen sind und sogar im Gegensatz zueinander stehen. Hier ist der Entwurf allerdings nicht folgerichtig: er behält die vorläufige Einstellung des Verfahrens durch das Gericht (§ 50 Entw., § 205 StPO.) aus dem bisherigen Eröffnungsverfahren bei.

Das Zwischenverfahren der geltenden StPO. bildet den Übergang vom Vorverfahren zum Hauptverfahren und verbindet beide Verfahrensabschnitte zu einer Einheit. Diese Einheit hat der Entwurf durch die Trennung von Vorverfahren und Hauptverfahren aufgespalten; er gelangt dann nur noch dadurch zu einer Einheit, daß er die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens in die Hand der Staatsanwaltschaft legt. Damit ist zwar eine Einheit hergestellt, nicht aber die Einheit eines gerichtlichen Verfahrens. Das Zwischenverfahren beruht auf der Erwägung, daß in einem gerichtlichen Verfahren das Gericht selbst das Hauptverfahren als den bedeutsamsten Teil des Verfahrens eröffnen muß. Nach dem Entwurf entscheidet eine nichtrichterliche Behörde. Ein wesentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens wird dadurch zu einer Justizverwaltungsmaßnahme. Das Zwischenverfahren ist zwar viel umstritten, es wahrt aber jedenfalls die selbständige Ordnung des Gerichts. Das übersehen alle Angriffe gegen das Zwischenverfahren, die übrigens durchweg von Erwägungen technisch-zweckhafter Art bestimmt sind und ein gerichtliches Verfahren von einer Verwaltungsmaßnahme nicht unterscheiden. Dem Eröffnungsbeschluß wird allgemein eine nur geringe sachliche Bedeutung beigemessen; er wird als überflüssige Förmlichkeit angesehen, die sogar schädlich wirke, weil sie dazu führe, daß durch Gerichtsbeschluß festgestellt werde, daß der Angeschuldigte einer strafbaren Handlung hinreichend verdächtig erscheint (§ 203 StPO.). Diese Auffassung kommt auch in der Übung der höheren Gerichte zum Ausdruck, die auf sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Ablehnung der Eröffnung (§ 210 StPO.) regelmäßig das Hauptverfahren eröffnen. Dementsprechend läßt der Entwurf das Gericht auf die Anregung einer außerhalb der Ordnung des Gerichts stehende Stelle ohne weiteres in Tätigkeit treten. Dem Gericht wird dabei die Entscheidung über eine natürlicherweise zu seinem Bereich gehörende wesentliche Verfahrensfrage genommen. Das Hauptverfahren wird vom Vorverfahren und das Gericht von der Staatsanwaltschaft abhängig. Die Unterscheidung von Vorverfahren und Hauptverfahren verliert ihren bisherigen Wortsinn. Dadurch, daß der Schwerpunkt des Verfahrens sich auf das Vorverfahren verlagert, fällt das Hauptverfahren aus seiner beherrschenden Stellung heraus und steht in Gefahr, zu einem Nach- oder Schlußverfahren zu werden. Das ist die Folge des Grundsatzes der „Herrschaft der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren", wie ihn der Entwurf auffaßt, die Folge der Beseitigung der richterlichen Einwirkung auf das Vorverfahren, der Beseitigung der Voruntersuchung, der Beseitigung des Eröffnungsverfahrens und des Klageerzwingungsverfahrens.

2. Der Entwurf verfolgt bei alledem nur den Zweck, das bisherige Verfahren einfacher und übersichtlicher zu gestalten. Dieses Ziel wird aber nicht erreicht, weil die Regelung des Entwurfs *nicht folgerichtig* ist. Im Sinne des Entwurfs müßten *alle* richterlichen Einwirkungsbefugnisse auf das Vorverfahren wegfallen, ebenso die Voruntersuchung in vollem Umfang, sowie die letzten Reste des Eröffnungsverfahrens. Ferner dürfte das Gesamtverfahren nicht mehr als gerichtliches Verfahren bezeichnet werden. Das Bekenntnis der „Grundsätze" zur Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit des Strafverfahrens müßte wegfallen, weil es sich nicht auf das Vorverfahren bezieht. Wenn der Richter Herr des Hauptverfahrens und dieses wirklich das Haupt- und nicht nur ein Nachverfahren sein soll, muß er in seinen verschiedenen Gestalten als Vorverfahrens-, Eröffnungs- und Spruchrichter in jeder Lage des Verfahrens erreichbar und fähig sein, die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren zu beaufsichtigen. Dann ist der Richter Herr des Verfahrens und der Staatsanwalt sein Gehilfe. Das Strafverfahren hätte dann als Ganzes einen Herrn, so daß ein einheitliches Verfahren gegeben wäre.

Der bisherige sog. reformierte, auf einem liberal-autoritären Kompromiß beruhende Prozeß stellte den weisungsgebundenen Staatsanwalt dem unabhängigen Richter entgegen und unterschied auf dieser Grundlage das Vorverfahren vom Hauptverfahren. Auch für diesen Prozeß besteht die Möglichkeit, daß das Vorverfahren die Entscheidung, die in der Hauptverhandlung fallen sollte, in der Sache vorwegnimmt. An der Zweiheit der Verfahrensabschnitte haben sich viele Kritiker gestoßen, denen es unsachgemäß erschien, daß der Verfahrensstoff von zwei verschiedenen Stellen in zwei verschiedenen Abschnitten nach entgegengesetzten „Maximen" bearbeitet wird. Auch dieser Prozeß läßt das geheime Vorverfahren plötzlich in ein von den Grundsätzen der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit beherrschtes Hauptverfahren übergehen. Die Halbierung oder Verdoppelung des Verfahrens läßt sich aus geschichtlichen Gründen erklären, nämlich aus dem Streben nach Beseitigung des schriftlichen und geheimen Inquisitionsprozesses. Die Maximen dieses Prozesses wurden mit den Maximen des liberalen Parteiprozesses zu einem liberal-autoritären Kompromiß verknüpft. Die Einheit des Verfahrens wurde dabei gewahrt durch die Einrichtungen des Zwischenverfahrens, die der Entwurf beseitigt. Es ist zuzugeben, daß diese Einrichtungen uns heute als künstlich, verwickelt und unübersichtlich erscheinen. Es bedurfte aber dieser Einrichtungen, um die Einheit des richterlichen Verfahrens zu gewährleisten. Sie können daher nicht ersatzlos wegfallen.

Der Entwurf setzt *keine neue Einheit* an die Stelle dieses Kompromisses, der immerhin funktionierte. Die Grundsätze, zu denen sich der Entwurf in seinem ersten Buch bekennt, sind aus dem bisherigen Prozeß übernommen, aber in weitem Maße ausgehöhlt. Das tritt in scheinbar unbedeutenden Einzelbestimmungen deutlicher hervor als in allgemeinen „Leitgedanken" und

„Grundsätzen“. Der Entwurf regelt z.B. eingehend das Recht der Verlesung von Schriftstücken in der Hauptverhandlung (§§ 66–71). Diese Regelung ist sehr wichtig, weil von ihr abhängt, in welchem Maße die Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens tatsächlich verwirklicht werden können. Die geltende StPO. hat daher im allgemeinen nur die Verlesung richterlicher Niederschriften gestattet, insbesondere, wenn es sich um eine Beweiserhebung über ein Geständnis des Angeklagten außerhalb der Hauptverhandlung (§ 254 Abs. 1 StPO.), um die Feststellung oder Behebung eines Widerspruchs mit einer früheren Aussage (§ 254 Abs. 2 StPO.) oder um den Fall der Vernehmungsunfähigkeit eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten handelt (§ 251 StPO.). Der Entwurf dehnt die Verlesung auch auf nichtrichterliche Niederschriften aus (§§ 70, 71).

3. Die Auflockerung der *Rechtsmittel* und des *Wiederaufnahmeverfahrens* wirkt sich in der Richtung einer Auflösung des ordentlichen Verfahrens im ersten Rechtszug aus.

a) Jedes Rechtsmittel enthält eine gewisse Abschwächung der Bedeutung des Verfahrens im ersten Rechtszug. Durch die Zulassung von Rechtsmitteln wird das erste Verfahren für grundsätzlich wiederholbar oder korrigierbar erklärt, wodurch es leicht etwas bloß Vorläufiges erhält. Man kann sagen, daß jedes Rechtsmittel eine Möglichkeit darstellt, das Recht durch sich selbst aufzuheben. Daher kennen durchaus nicht alle Strafverfahrensrechte Rechtsmittel im heutigen Sinne. Sie kennen insbesondere nicht ohne weiteres die Möglichkeit, gegen die Entscheidung eines Gerichts die Entscheidung eines anderen, übergeordneten Gerichts anzurufen. Diese Möglichkeit versteht sich nicht von selbst. Ältere Rechte kennen dafür die Möglichkeit einer Anrufung des Auftraggebers des Richters, z.B. in der Form der Provokation an das Volk oder der Appellation an den Fürsten. Gegenüber Urteilen der Schwurgerichte kennt auch der Strafprozeß des 19. Jahrhunderts keine „materielle Rüge“. Erst mit der Umwandlung der Schwurgerichte in große Schöffengerichte durch die VO. vom 4. Januar 1924 wurde eine solche „materielle Rüge“ in Schwurgerichtssachen möglich. Der Entwurf zur Strafprozeßordnung von 1877 kannte nicht einmal eine Berufung gegen Strafurteile, sondern nur die Revision. Die Berufung wurde erst in den Beratungen des Reichstags für einen eng begrenzten Kreis von Strafurteilen, nämlich für die Urteile der damaligen Schöffengerichte, zugelassen. In der Folgezeit machten sich die Bestrebungen des späten Liberalismus nach Erweiterung der Berufung immer stärker bemerkbar. Aber erst die VO. vom 4. Januar 1924 trug ihnen in weitem Umfang Rechnung.

Wie stark das Verfahren im ersten Rechtszug durch *Zulassung einer wiederholten Tatsachenprüfung* im zweiten Rechtszug aufgelockert wird, zeigt sich im Recht der Beweisaufnahme. Nach der Regelung der geltenden StPO.

kann das Gericht Beweisanträge nach freiem Ermessen ablehnen, wenn die Möglichkeit einer erneuten Tatsachenprüfung durch ein übergeordnetes Gericht besteht (§ 245 StPO.). Diese Regelung wird vom Entwurf beibehalten (§ 65 Abs. 2). Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob eine Bindung des Gerichts an Beweisanträge grundsätzlich erstrebenswert ist oder nicht. Der Entwurf hält sie mit der geltenden StPO. für grundsätzlich erstrebenswert (§ 65 Abs. 3). Die Durchbrechung des Grundsatzes im Hinblick auf die Möglichkeit einer erneuten Tatsachenprüfung zeigt jedenfalls, daß der zweite Rechtszug als Ersatz für einen unvollkommenen ersten Rechtszug gewährt, der erste Rechtszug im Hinblick auf den zweiten unvollkommen ausgestaltet wird. Für den Fall des Ausschlusses der Berufung sieht der Entwurf eine Bindung an Beweisanträge vor und zählt er die Ausnahmen erschöpfend auf (§ 65 Abs. 3). Das soll aber nicht für die Berufungsverhandlung selbst gelten (§ 303). Der Entwurf gewährt also zum Ausgleich für einen unvollkommenen ersten einen ebenso unvollkommenen zweiten Rechtszug. Unter seinen eigenen Voraussetzungen betrachtet, löst der Entwurf damit auch das Verfahren im zweiten Rechtszug auf.

b) Die Berufung bewirkt ihrem Wesen nach eine besonders starke Auflösung des Verfahrens im ersten Rechtszug, weil sie eine bloße Wiederholung dieses Verfahrens ist. In dieser Hinsicht konnte der Entwurf keine neue Auflösungsgefahr bringen (vgl. §§ 302, 304). Dagegen verändert er die bisherige *Revision*, die er als „*Rechtsrüge*“ zu einer *außerordentlichen Berufung* macht.

Zunächst läßt der Entwurf ganz allgemein die Erstreckung der Nachprüfung auch auf *nicht gerügte Fehler* des angefochtenen Urteils zu (§ 319 Abs. 2). Gleichzeitig soll das Rechtsrügegericht das Urteil auch dann aufheben können, wenn sich „ernste Bedenken“ gegen die Richtigkeit der zugrundegelegten Tatsachenfeststellungen ergeben (§ 322). Damit wird der Umfang der Tatsachenprüfung im Rechtsrügeverfahren beträchtlich erweitert. Dieser Prüfung unterliegen nunmehr auch Urteile der Strafkammer und des Schwurgerichts, gegen die eine Berufung ausgeschlossen ist (§ 290 Abs. 1). Urteile eines anderen Gerichts können einer zweimaligen Tatsachenprüfung unterzogen werden, wenn jede Partei ein Rechtsmittel einlegt (§ 289), und wenn der Staatsanwalt befugterweise Rechtsrüge einlegt, obwohl er bereits Berufung eingelegt hatte (§ 326).

In einer anderen Hinsicht verändert der Entwurf die bisherige Einrichtung der Revision dadurch, daß er eine gewisse innere Unstimmigkeit in diese Einrichtung hineinträgt. Er geht allgemein davon aus, daß für das Volk der *Schwerpunkt* des Strafverfahrens in der Tatsachenfeststellung liegt. Von diesem und dem weiteren Ausgangspunkt aus, daß für das Volk der Schwerpunkt des Strafverfahrens im *zweiten* Rechtszug liegt, bezeichnet er die Revision als „volksfremd“. Gerade in den wichtigsten Sachen, wie in Schwurgerichts-

sachen (§ 290), will er jedoch den Ausschluß der Berufung „aus Gründen der Zweckmäßigkeit“ beibehalten. Er macht nur durch Erweiterung der Rechtsrüge ein Zugeständnis. Mit diesem Zugeständnis wird ein ganz neuer Gesichtspunkt in eine überlieferte Rechtseinrichtung eingeführt. Die Revision ist nämlich ihrer Herkunft nach eine Richtigkeitsbeschwerde und dient der Anfechtung eines Urteils wegen wesentlicher Verfahrensmängel. Sie wird später zu einer Anfechtung wegen Verletzung des Rechts, d. h. des Gesetzes, und zugleich in den Dienst der „Wahrung der Rechtseinheit“ gestellt. Das Ziel „Wahrung der Rechtseinheit“ ist mit dem Ziel einer gerechten Entscheidung im Einzelfall nicht wesensgleich, sondern betrifft nur die gleichmäßige Auslegung und Anwendung der Gesetze ohne Rücksicht darauf, ob diese Auslegung und Anwendung im Einzelfall gerecht oder ungerecht ist. Wenn für das Volk der Schwerpunkt des Strafverfahrens in der Tatsachenprüfung des zweiten Rechtszuges liegt, so ist die Volksfremdheit einer solchen Revision geradezu begriffswesentlich. Schon die bisherige StPO. verfährt nicht eigentlich folgerichtig, wenn sie die Möglichkeit eröffnet, daß das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheidet und die gerechte Entscheidung eines Tatsachengerichts vorwegnimmt, statt sich auf Aufhebung und Zurückverweisung zu beschränken (§ 354 StPO.). Der Entwurf berücksichtigt den Gesichtspunkt der gerechten Entscheidung noch über die bisherige Revision hinaus und stellt damit zugleich auch den Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit (§ 10) in Frage. Dem Zweck der Wahrung der Rechtseinheit hat er den Zweck der Herbeiführung einer gerechten Entscheidung hinzugefügt, obwohl zwischen beiden Zwecken keine notwendige Verknüpfung besteht. Das bedeutet im praktischen Ergebnis, daß die Regelung des Entwurfs sowohl die Möglichkeit offen läßt, den bisherigen Zustand im wesentlichen unverändert weiterzuführen, wie auch die andere Möglichkeit, daß die Rechtsrüge im Zuge der Entwicklung durch die Rechtsprechung ein ganz neues Gepräge erhält und zu einem völlig neuen Rechtsmittel wird. Die Entscheidung dieser Wahlmöglichkeit ist von großer Tragweite; sie bleibt ganz der Rechtsprechung überlassen.

Der Entwurf dehnt endlich die Nachprüfung des Rechtsrügegerichts von der Anwendung des Rechts auf die Anwendung eines „*Wertmaßes*“ aus (§ 309). Für die klassische Revision kommt eine solche Nachprüfung nicht in Betracht; für sie gibt es überhaupt nicht „Wertmaße“, sondern nur feste, einer eindeutigen Auslegung und daher der Nachprüfung zugängliche gesetzliche Regeln und Begriffe. Der Entwurf sucht Folgerungen aus der Erkenntnis zu ziehen, daß alle scheinbar festen und bestimmten gesetzlichen Begriffe in Wirklichkeit „wertausfüllungsbedürftige“ Begriffe sind, die dem richterlichen Ermessen einen Spielraum lassen. Damit entfällt der bisherige Gegensatz von Rechtsfragen und Ermessensfragen, aber auch der Gegensatz von Rechtsfragen und Tatfragen, weil Ermessen und Tatsachenfeststellung praktisch nicht

getrennt werden können. Das müßte zur Aufhebung des Unterschiedes von Berufung und Revision führen. Im Entwurf führt es aber nur zu einer nicht ganz klaren Verbindung der Beibehaltung des Unterschiedes mit seiner gleichzeitigen Auflösung.

c) Durch Auflockerung des *Wiederaufnahmeverfahrens* schafft der Entwurf einen „Rechtsbehelf", der einer weiteren außerordentlichen Berufung nahekommt. Für die Wiederaufnahme *zugunsten* des Beschuldigten genügt nach der geltenden StPO. die Beibringung neuer Tatsachen und Beweismittel (§ 359 Abs. 1 Ziff. 5). Schon bisher wurde es als bedenklich empfunden, daß es nicht darauf ankommt, ob die neuen Tatsachen und Beweismittel mit dem früheren Urteil verträglich oder unverträglich sind. Der Entwurf beseitigt den Unterschied von Wiederaufnahme zugunsten und zuungunsten des Beschuldigten. Das führt zu dem Ergebnis, daß ein Verurteilter auch dann schwerer bestraft werden kann, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die geeignet sind, seine Freisprechung oder wesentlich geringere Bestrafung oder die Einstellung des Verfahrens zu begründen (§§ 335 Abs. 1 Ziff. 1; 278). Hier steht die Wirkung der Einlegung des Rechtsbehelfs in keinerlei Verhältnis zur Ursache. Bei der Berufung hat es einen guten Sinn, eine Schlechterstellung zuzulassen, da die Berufung nur eine Wiederholung des ersten Rechtszuges ist. Für die Wiederaufnahme gilt dies nicht, da sie neue Tatsachen oder Beweismittel voraussetzt, die geeignet sind, eine entgegengesetzte Entscheidung zu begründen.

So wird der Entwurf durch den allgemeinen Begriff des „Rechtsbehelfs" zu einer Gleichbehandlung verschiedenartiger Einrichtungen geführt. Neben das Verfahren des ersten Rechtszuges tritt eine ordentliche Berufung, die eine Wiederholung des ersten Verfahrens ist; neben die ordentliche Berufung tritt eine doppelte außerordentliche Berufung in Form der erweiterten Rechtsrüge und der aufgelockerten Wiederaufnahme. Das erste Verfahren läßt *grundsätzlich drei Wiederholungen* zu, deren Zahl sich allerdings in einigen besonders wichtigen Fällen aus „Zweckmäßigkeitserwägungen", wenn auch nicht in Übereinstimmung mit der Auffassung des Volkes, auf zwei verringert. Das Ergebnis ist eine Gefährdung der Einheitlichkeit des Verfahrens als eines folgerichtigen, in sich geschlossenen Ganzen.

Dritter Abschnitt: Richterliches Führertum in der Strafrechtspflege

I. Die einheitliche Grundlinie des Strafverfahrens läßt sich nur aus der Gesamtverfassung unseres völkischen Lebens ableiten. Da diese Gesamtverfassung in erster Linie durch den Führergrundsatz bestimmt ist, muß jede Neuordnung des Strafverfahrens zu diesem Gestaltungsgrundsatz Stellung nehmen. Dieser Notwendigkeit entgeht sie nicht, mag sie im übrigen den

Grundsatz ausdrücklich anerkennen, ganz oder teilweise ablehnen oder mit Stillschweigen zu übergehen suchen.

Die Leitgedanken des Entwurfs nehmen ausdrücklich Stellung und erörtern die Frage: „*in welchem Umfang der Führergrundsatz im Kollegialgericht* anzuwenden ist“. Sie bezeichnen diese Frage „als eine Frage des politischen Entschlusses“. Damit soll wohl gesagt sein, daß die Frage bei einer Neuregelung des Strafverfahrensrechts nicht entschieden zu werden braucht. Bei der Fragestellung des Entwurfs ist aber zu beachten, daß die Frage lediglich nach dem *Umfang* der Anwendung des Führergrundsatzes gestellt wird; die vorhergehende Frage, ob der Führergrundsatz überhaupt eingeführt werden soll, ist damit scheinbar bejaht. In der Formulierung der Frage „Anwendung des Führergrundsatzes *im* Kollegialgericht“ kommt zum Ausdruck, daß der Führergrundsatz nicht etwa dem Grundsatz der Kollegial- oder Mehrheitsentscheidung entgegengestellt, sondern nur herangezogen wird, um innerhalb der grundsätzlich beibehaltenen, auf Mehrheitsabstimmung beruhenden Kollegialgerichtsbarkeit gewisse Einschränkungen und Modifikationen anzubringen. Führergrundsatz und Kollegialsystem sollen also miteinander verbunden werden.

Demgegenüber vertritt die Wissenschaftliche Abteilung die Ansicht, daß ein Gestaltungsgrundsatz wie der des Führertums eine Verbindung mit Abstimmungsmethoden überhaupt nicht verträgt. Der Führergrundsatz kann, mit Rücksicht auf die Lage der Dinge, für viele Lebensgebiete praktisch noch nicht anwendbar sein; er muß sich auch den Besonderheiten der verschiedenen Lebensgebiete anpassen und darf nicht durch dogmatische Begriffsbildungen zu sach- und sinnwidrigen Abstraktionen getrieben werden. Wo er aber durchgeführt wird, kann er als Grundsatz *nur ganz*, nicht im Kompromiß mit einem gegenteiligen, den Grundgedanken des Führertums aufhebenden Grundsatz zur Geltung kommen. Ein Gestaltungsgrundsatz, wie der des Führertums, schließt seinem Wesen nach solche Kompromisse aus.

Der Entwurf schlägt einen *Kompromiß* vor. Der ausdrücklich als „Führer“ bezeichnete „Vorsitzer“ des Kollegialgerichts bedarf nach der Regelung des Entwurfs (§ 53) „zu den Entscheidungen, die nach den Verfahrensordnungen dem Gericht vorbehalten sind, der Zustimmung mindestens der Hälfte der mitwirkenden Richter“ (§ 134 Entw. GVG.). Unter diesen Entscheidungen steht an erster Stelle das Urteil (§ 81). Bei den übrigen Entscheidungen handelt es sich um solche, die der Entwurf als dem Urteilsspruch gleichwertig erachtet, z.B. Verweisung an das höhere Gericht im Falle einer Überschreitung der Strafgewalt (§§ 80, 99 Abs. 2 S. 2, 102); Entscheidung über die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs (§§ 204, 301, 314, 316, 344); Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 305, 343); Einstellung nach Abschluß der Voruntersuchung (§ 358). Der Kompromiß tritt, mit andern Wor-

ten, gerade in den wichtigsten Fällen ein. Allerdings wird dem von der Mehrheit überstimmten „Führer“ die Möglichkeit gegeben, die Sache an ein anders besetztes Gericht zu verweisen. Der Entwurf selbst verkennt nicht die „praktischen Bedenken“, die gegen die Gewährung dieser Möglichkeit sprechen. Damit dürfte in erster Linie die Verzögerung gemeint sein, die das Verfahren in den genannten, nicht ganz wenigen Fällen erleiden würde. Ein weiteres, praktisches Bedenken ergibt sich daraus, daß der Fall der Verweisung zu einer erneuten Überstimmung des Vorsitzers und zu abermaliger Verweisung führen kann; die Verweisungsmöglichkeit ist grundsätzlich unbegrenzt. Diese Bedenken sind aber nicht nur praktisch-technischer Art. In ihnen wird zugleich erkennbar, daß die Verknüpfung zweier gegensätzlicher, einander ausschließender Gestaltungsgrundsätze innerlich unmöglich ist. Die Regelung des Entwurfs sucht die Vorteile des Führergrundsatzes mit dem gewohnten Abstimmungs- und Mehrheitsprinzip zu verbinden; sie erreicht aber nur eine dem Gedanken des richterlichen Führertums abträgliche, unbefriedigende Viertelslösung, die den Führergrundsatz gerade in den entscheidenden Fällen ausschaltet.

Mit seiner vorsichtigen Zurückhaltung in der Frage des richterlichen Führertums vertritt der Entwurf eine Auffassung, die sowohl in der heutigen Rechtspraxis wie im Schrifttum weit verbreitet, wenn nicht überwiegend ist. Auch in den von der Wissenschaftlichen Abteilung des NS-Rechtswahrerbundes herbeigeführten Stellungnahmen der einzelnen Gaue des NSRB. hat sich gezeigt, daß mehr als die Hälfte der Gaue Bedenken haben, bei schweren Straftaten das Kollegialsystem aufzugeben und durch die persönliche Entscheidung eines Richterführers zu ersetzen. Die Ablehnung des richterlichen Führertums in der Rechtspflege wird gewöhnlich auf folgende *Gründe* und *Bedenken* gestützt:

1. Eine bestimmte Auffassung, mit der auch der Entwurf übereinstimmt, will den Führergrundsatz zwar für die *Prozeßleitung, nicht* aber für die *Urteilsfindung* zulassen. Dieser Gedanke geht von einer „*Wesensverschiedenheit von Politik und Rechtspflege*“ aus. Die Politik soll Handeln und Gestalten, die Rechtspflege reines Erkennen sein; dort soll eine Entscheidung für die Zukunft, hier nur eine Feststellung für die Vergangenheit getroffen werden. Die so konstruierte Wesensverschiedenheit soll sich im Strafverfahren in der Weise geltend machen, daß bei der Prozeßleitung als einer Art von gerichtlicher Verwaltung das Führerprinzip, bei der Urteilsfindung als der für die Rechtspflege wesentlichen Tätigkeit des erkennenden Gerichts das Abstimmungs- und Mehrheitsprinzip zur Anwendung gelangt. Diese Auffassung wird auch in der abgeschwächten Form vertreten, daß die Rechtspflege und die gegenwärtigen Bedürfnisse der Praxis die Ersetzung des Abstimmungs- und Mehrheitsprinzips durch das Führerprinzip heute jedenfalls nicht unbedingt notwendig erscheinen lassen.

2. Als weiterer Grund wird angeführt, daß die *Stellung der Beisitzer* zu stark herabgemindert werde. Der Beisitzer, der nicht mehr abstimmt, sondern nur noch berät, wird nach dieser Auffassung aus einem Richter zu einem bloßen Rechtsberater. Dadurch würde neben seiner Verantwortung auch seine Arbeitsfreudigkeit in unerträglicher Weise verringert. In verstärktem Maße soll dies für die Laienbeisitzer gelten, deren Rat danach weniger ins Gewicht fiele als gegebenenfalls ihre Stimme.

3. Endlich wird geltend gemacht, die Gegenwart und besonders die heutige Richterschaft sei *nicht reif* für die Einführung des Führerprinzips. Dieser Einwand wäre nicht grundsätzlicher Art, sondern zeitgebunden. Sein Gewicht wird dadurch verstärkt, daß wichtige nationalsozialistische Gesetze der letzten Jahre, insbesondere das Reichserbhofgesetz und das den Volksgerichtshof einführende Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24. April 1934, nicht den Führergrundsatz eingeführt, sondern den Kollegialgrundsatz beibehalten haben.

Alle diese Gegengründe und Bedenken berücksichtigen nicht, daß die Rechtspflege einen Bestandteil der politischen *Gesamtverfassung* bildet, und daß vor allem das Strafverfahren ein besonders wichtiger Verfassungsbestandteil ist. Wenn der Führergedanke gerade für das neue Strafverfahren abgelehnt wird, so ist das als politische Entscheidung von größerer Tragweite, als wenn er auf anderen Gebieten der Rechtspflege nicht zur Anwendung kommt. Im Strafverfahren erscheint die Macht und Würde der strafenden Volksgemeinschaft mit einer derartig unmittelbaren Wucht, daß eine Verleugnung des Führergedankens auf diesem Gebiete weit über den Rahmen des Strafverfahrensrechts hinaus wirken würde. Ein Rechtsgebiet wie das Strafverfahrensrecht kann am wenigsten von der Durchführung derjenigen Gestaltungsgrundsätze ausgenommen werden, die Wesen und Eigenart einer Gesamtverfassung bestimmen. Selbst der bürgerliche Liberalismus, der doch sonst die Wesensverschiedenheit von Politik und Recht zu einem weltanschaulichen Dogma erhob und die Rechtsprechung unter Mißbrauch ihrer Unabhängigkeit aus der politischen Gesamtverfassung loslösen wollte, hat aus der Schwurgerichtsverfassung eine grundsätzliche Frage gemacht, um die er gekämpft hat, solange noch politisches Leben in ihm war. Wenn in Fragen, in denen es sich um Leben, Ehre und Freiheit des Volksgenossen handelt, der Abstimmungs- und Mehrheitsgrundsatz im Vergleich zum Führergrundsatz als die bessere Sicherung des wahren Rechts anerkannt wird, so ist der Führergedanke auch im politischen Gesamtleben in seiner klaren und eindeutigen Geltung betroffen. Das ganze öffentliche Leben wäre von einem Zwiespalt beherrscht, die der einfachen Folgerichtigkeit nationalsozialistischer Grundsätze in auffälliger Weise widersprechen würde.

In Wirklichkeit hat der Abstimmungs- und Mehrheitsgrundsatz bereits in der heutigen Rechtspflege seine Kraft verloren. Alle erfahrenen Vorsitzenden

bestätigen, daß es heute kaum noch einen Vorsitzenden gibt, der wirklich überstimmt wird. Die Praxis hat also den Kollegialgrundsatz von sich aus bereits beseitigt. In dieser Lage kann es nicht Sache des nationalsozialistischen Gesetzgebers sein, die Praxis wieder auf den früheren Grundsatz zurückzuwerfen, die heutige, in sich vernünftige Praxis mit den Gesichtspunkten einer vergangenen Zeit zu meistern, oder aber, im günstigen Fall, ein Gesetz zu schaffen, nach dem die wirkliche Praxis sich nicht richtet.

Im einzelnen ist gegenüber den angeführten Einwänden und Bedenken folgendes zu beachten:

Zu 1. Politik und Rechtspflege setzen *beide* eine Erkenntnis der Wirklichkeit voraus; beide wollen andrerseits auf die erkannte Wirklichkeit handelnd und gestaltend einwirken. Für die Rechtstheorie mögen andere Gesichtspunkte in Betracht kommen; die Rechtspflege ist jedenfalls Praxis, d. h. Tat, und nicht nur „reine" Betrachtung im spekulativen Sinne. In dieser Hinsicht könnte auch, unter der Nachwirkung vergangener Denkweisen, die Formulierung des Entwurfs mißdeutet werden, wonach der Richter „von Amts wegen die lautere Wahrheit zu erforschen" hat (§ 6). Der Richter hat nicht die Wahrheit an sich, sondern einen konkreten Sachverhalt zu erforschen. *Das* Erkenntnis erschöpft sich nicht in *der* Erkenntnis. Zum mindesten für die Beantwortung der Straffrage, die im Strafurteil erfolgt, ist das unzweifelhaft; es gilt nicht weniger für die Beantwortung der Schuldfrage. Auch hier zweifelt heute niemand mehr daran, daß die richterliche Tätigkeit sich nicht in logischer Subsumtion unter gesetzliche Begriffe und Tatbestände erschöpft. Die strafrechtlichen Tatbestände sind ebensowenig fest und bestimmt wie die gesetzlichen Strafrahmen; sie sind ebenso „wertausfüllungsbedürftig" wie diese. Jede Entscheidung der Schuldfrage enthält einen Bestandteil von Ermessensausübung und damit einen echten Entschluß. Das Strafurteil erschöpft sich auch nicht in der Feststellung eines nur der Vergangenheit angehörenden Sachverhalts; es enthält auch eine Entscheidung für die Zukunft. Daher besteht kein Grund, die Prozeßleitung zur Urteilsfindung in einen Gegensatz zu stellen. Im übrigen ist auch nicht einzusehen, weshalb für eine reine Erkenntnistätigkeit gerade das Abstimmungs- und Mehrheitsprinzip gefordert wird. Dieses Prinzip ist weder besonders unpolitisch, noch besonders „rechtlich", noch auch besonders „wissenschaftlich". Reine Erkenntnis ist viel eher Sache einer verantwortlichen Persönlichkeit, als eines nach Mehrheit abstimmenden Kollegiums.

Zu 2. Die Stellung der *Beisitzer* wird durch das Führerprinzip nicht gemindert. Der Wert einer sachlichen Beratung ist nicht geringer als der einer Abstimmung, für die keine Gründe angegeben zu werden brauchen. Die Verantwortung der Beisitzer kann in der Beratung ebenso stark zum Ausdruck kommen wie in der Abstimmung Der Rat behält auch nach Einführung des

Führergrundsatzes seine Bedeutung; er wird dadurch sogar erst zu seiner vollen Würde erhoben. Die allgemeine Verantwortung wird erhöht, wenn sie abgestuft wird. Die erhöhte Verantwortlichkeit des richterlichen Führers nach außen führt zu einer erhöhten Verantwortlichkeit der richterlichen Berater gegenüber dem Führer. Das gilt grundsätzlich auch für die Laienbeisitzer. Wollen diese nicht beraten, so sollen sie auch nicht abstimmen.

Zu 3. Der dritte Einwand betrifft den *Beruf unserer Zeit* zur Neuordnung des Strafverfahrens[2]. Ist die Zeit nicht reif zur Einführung des Führergrundsatzes, so ist sie auch nicht reif zur Neuordnung des Strafverfahrens. Sonst wird das neue Strafverfahrensrecht zum Ausdruck der Unreife und Schwäche, was um so gefährlicher wäre, als es gleichzeitig als abschließende Regelung im nationalsozialistischen Sinne aufgefaßt werden muß und wird. Heute ist eine Entscheidung unumgänglich, mag sie auch mit einem politischen Entschluß verbunden sein. Will die Neuordnung nationalsozialistische Grundsätze nicht verwirklichen, so muß man sich fragen, welche anderen Grundsätze sie zu verwirklichen gedenkt. Eine Rückkehr zum Abstimmungs- und Mehrheitsprinzip kommt nicht in Betracht. Ein Kompromiß ist erst recht abzulehnen, da er eine Kompromittierung enthält, die bei einem offenen Bekenntnis zum Abstimmungs- und Mehrheitsprinzip wenigstens vermieden wäre. Die bisherigen, die Mehrheitsabstimmung beibehaltenden nationalsozialistischen Gesetze betrafen entweder, wie das Reichserbhofgesetz, ein besonderes Lebensgebiet ohne unmittelbare Beziehung zum Strafverfahren, oder sie halten, wie das Gesetz vom 24. April 1934, ein Teilgebiet des Strafverfahrens, nicht aber eine Gesamterneuerung des Strafverfahrens- und Gerichtsverfassungsrechts zum Gegenstand. Sie hatten der Gesamtregelung der hier behandelten Frage nicht vorzugreifen. Diese Gesamtregelung soll aber jetzt erfolgen.

In Wirklichkeit spricht die bisherige nationalsozialistische Gesetzgebung im Ganzen betrachtet nicht gegen, sondern für die Anerkennung des Führergrundsatzes. Die Gesetzgebung hat auf besonders wichtigen und besonders schwierigen Gebieten die nationalsozialistischen Grundsätze ohne Rücksicht auf die angebliche Unreife der gegebenen Lage verwirklicht. Auf dem Gebiet der Wirtschaft hat das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 (RGBl. I S. 45) den Führer des Betriebes geschaffen. Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 (RGBl. I S. 49) hat trotz aller aus dem bisherigen Begriff der Selbstverwaltung entnommenen Bedenken den Bürgermeister zum allein verantwortlichen Leiter der Gemeinde gemacht. Immer war mit dieser Anwendung des Führergedankens ein Wagnis verbun-

---

[2] Anmerkung. Die Anwendung des Führergrundsatzes in der Strafrechtspflege bedeutet natürlich nicht, daß alle heute amtierenden Vorsitzenden ohne weiteres zu richterlichen Führern aufsteigen.

den. In dem Sinne, daß jedes Wagnis entfiele, ist *keine* Zeit endgültig reif für eine bedeutende Neuordnung. Dieses Bewußtsein eines Wagnisses darf gerade nach nationalsozialistischen Grundsätzen kein ausschlaggebender Hinderungsgrund sein.

II. Die Anwendung des Führergrundsatzes bewirkt eine *völlige Umgestaltung* des Strafverfahrens. Auf einige Folgerungen sei kurz hingewiesen.

1. Der Satz, daß der Richter Führer des Strafverfahrens ist, findet seine wesensnotwendige Ergänzung in dem andern Satz, daß der *Führer* der Bewegung und des deutschen Volkes *oberster Gerichtsherr der Nation* ist. Unter den Zuständigkeiten, die der Führer in seiner Person vereinigt, steht die Gerichtshoheit an hervorragender Stelle.

Nach der Regelung des Entwurfs (§ 6 Abs. 3) spricht der Richter Recht „im Namen des deutschen Volkes". Diese Formel ist eine durch das Gesetz vom 16. Februar 1934 (RGBl. I S. 94) eingeführte Abänderung der früheren Formel, wonach der Richter „im Namen des Volkes" Recht sprach. Eine solche Formel läßt noch nicht erkennen, daß *das Reich ein Führerreich* ist. Es wäre zu erwägen, ob nicht eine Feststellung in dieser Richtung geboten ist. Der Führer leitet seinen Auftrag aus einer Ermächtigung des deutschen Volkes ab, der Richter seinen richterlichen Auftrag aus einer Ermächtigung des Führers. Von einer neuen Strafverfahrensordnung erwartet man, daß sie das deutsche Volk in seiner heutigen Gesamtverfassung erkennen läßt. Das aber ist undenkbar ohne Erwähnung des Führers. Das Deutsche Reich ist eben nicht nur ein völkischer Staat, sondern auch ein Führerreich. Geschichtliche Erwägungen legen denselben Gedanken nahe. Die Formel „Im Namen des Volkes" hatte im politischen Sprachgebrauch des Liberalismus dadurch einen besonderen Sinn, daß sie den „Namen des Königs" als Gegensatz im Auge hatte. Sie wollte ganz allgemein die Rechtspflege von der Bindung an eine sichtbare, öffentliche Persönlichkeit loslösen. Dieser Sprachgebrauch wirkt auch heute noch nach; die zugeordnete Denkweise äußert sich darin, daß der Führergrundsatz als für die Rechtspflege nicht geeignet abgelehnt wird.

Eine praktische Folgerung aus dem Gedanken eines persönlichen Führers der Volksgemeinschaft und des von ihm ermächtigten richterlichen Führers würde darin liegen, daß richterliche Urteile, die auf die schwersten Strafen, Todesstrafe und Ächtung, erkennen, der *Bestätigung durch den Führer* bedürfen. Die bisherige Methode der „Nichtausübung des Gnadenrechts" hat etwas Indirektes und entspricht nicht der Rechtswirklichkeit. Denn es handelt sich bei diesem Vorgang eigentlich nicht um Gnade oder Nichtgnade, sondern um die echte Bestätigung durch den obersten Gerichtsherrn. Der Führergedanke überwindet hier eine liberalistische Verbiegung und stellt die gesunde Ordnung eines geraden und offenen Wirklichkeitsdenkens wieder her.

2. Das erste Buch des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes trägt die Überschrift: Die Unabhängigkeit der Gerichte. § 1 Entw. GVG. lautet: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige Richter ausgeübt. Die Richter sind bei der Ausübung der richterlichen Gewalt nur an *Recht* und *Gesetz* gebunden und ihrem *Gewissen* unterworfen." Diese Formel enthält eine Auflockerung der Formel des geltenden GVG: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt" (§ 1 GVG.). Die Auflockerung zeigt an, daß die bisherige Auffassung von der Unabhängigkeit der Gerichte vom allgemeinen Wandel der Rechtsauffassung nicht unberührt geblieben ist. Die bisherige Formel des GVG. spricht nur vom Gesetz; die Formel des Entwurfs stellt daneben das Recht und das Gewissen und bindet damit die richterliche Unabhängigkeit auf *dreifache* Weise. Dadurch geht die selbstverständliche Einfachheit der bisherigen Formel verloren, und es fragt sich, wieweit diesem Nachteil ein Gewinn an sachlicher Klarstellung gegenübersteht.

a) Die Nebeneinanderstellung von „*Recht und Gesetz*" scheint wirkungsvoll zu sein und heute einen guten Sinn zu haben. Im Führerreich ist das Gesetz der Wille des Führers. Die Gesetzesgebundenheit des Richters erhält damit, ebenso wie die richterliche Unabhängigkeit, einen neuen Inhalt. Der neue Sinn wird aber verkannt werden, wenn die Rechtsgebundenheit unter Beibehaltung des bisherigen Gesetzesbegriffs neben die Gesetzesgebundenheit gestellt wird. Durch die Nebeneinanderstellung wird dann für eine bestimmte Denkweise die Vorstellung eines möglichen Gegensatzes, der Gedanke einer möglichen Kollision von Recht und Gesetz und die Möglichkeit eines rechtswidrigen Gesetzes nahegelegt. Der Wille des Führers ist für uns nicht nur Gesetz, sondern auch Recht, das Recht nicht mehr eine neben und über dem Gesetz stehende, ungeschriebene und unsichtbare Regel, sondern das im Führer sichtbar und öffentlich gewordene Lebensgesetz der Nation. Solange jedoch der bisherige, positivistische Gesetzesbegriff auch nur teilweise weiterwirkt, führt die Nebeneinanderstellung zu Mißverständnissen, die nicht außer acht gelassen werden können, weil sich dann die Nebeneinanderstellung allzuleicht in eine Gegeneinanderstellung von Recht und Gesetz verwandelt.

b) Auch die besondere Erwähnung des *Gewissens* könnte zu Mißdeutungen Anlaß geben, insofern sie die Auffassung zuläßt, als gebe es ein Gewissen des Richters, das als besondere Größe neben dem im Führer sichtbar und öffentlich gewordenen lebendigen Gewissen der Nation in Betracht käme und notfalls gegen dieses ausgespielt werden könnte. Infolge der Nebeneinanderstellung und Häufung der Worte „Recht", „Gesetz" und „Gewissen" ist die Fassung des Entwurfs § 1 weniger einleuchtend und weniger eindringlich als die des bisherigen § 1 GVG.

c) Die *Unabhängigkeit des Richters* bedeutet nicht Unabhängigkeit von der politischen Führung, sondern Unabhängigkeit von Verwaltung und Polizei. Es hat noch niemals eine richterliche Unabhängigkeit gegeben, deren eigentliche Sicherung nicht in einer besonders starken Bindung bestanden hätte. Im gewaltenteilenden Gesetzesstaat des früheren Verfassungssystems war die Unabhängigkeit des Richters die Kehrseite seiner Gesetzesgebundenheit. Mit den Auflockerungen des gesetzesstaatlichen Denkens wird infolgedessen auch diese Art Unabhängigkeit des Richters fragwürdig und bedarf es neuer Bindungen auf neuer Grundlage. Eine völlige Ungebundenheit würde den Richter in einen leeren Raum versetzen, in dem seine Hoheit nur eine mit schönen Worten verhüllte Ohnmacht und politische Belanglosigkeit wäre. Ausstattung des Richters mit eigener, von der Führung unabhängiger politischer Macht würde ihn zu einem Gegenführer oder zum Werkzeug gegnerischer Bestrebungen machen. In dieser Lage gibt es nur einen Ausweg: die Anerkennung eines richterlichen Führertums, das seine verfassungsrechtliche Grundlage in einer vom Führer der Volksgemeinschaft für die besonderen Aufgaben der strafrichterlichen Rechtsprechung erteilten Ermächtigung hat.

3. Der Führergrundsatz muß, wenn er folgerichtig durchgeführt wird, das *Verfahren als Ganzes* ergreifen und neu gestalten. Als richterlicher Führer erhält der Richter nicht nur für die Prozeßleitung, sondern im gesamten Verfahren die ihm gebührende, überragende Stellung. Das bringt eine große persönliche Verantwortung, aber darum auch die Möglichkeit eines besonders großen Vertrauens des Volkes mit sich. Das Strafverfahren gipfelt in dem Spruch des richterlichen Führers. Der richterliche Führer ist es, der verurteilt. Er kann sich dabei weder hinter eine abstrakte Norm noch hinter das anonyme Ergebnis einer Mehrheitsabstimmung verstecken. Der Gedanke der *verantwortlichen Persönlichkeit* ist der alles beherrschende, entscheidende Gesichtspunkt des Führergrundsatzes. Daneben sind weitere begriffliche Untersuchungen, z. B. darüber, ob der vom Führer der Volksgemeinschaft ermächtigte richterliche Führer auch eine besondere Gefolgschaft hinter sich habe und wer alles dazu gehört, unwesentlich und können als theoretische Fragen beiseite bleiben.

Einige Folgerungen aus dem Gedanken des richterlichen Führertums sind bereits in den Darlegungen des zweiten Abschnitts (unter II., insbesondere S. 456) geltend gemacht worden. Hier soll noch ein Hinweis auf die unter andern Gesichtspunkten bereits erörterte Frage der *Rechtsmittel* angefügt werden. Die Gestaltung der Rechtsmittel ist für die Auffassung des ganzen Strafverfahrens in besonders hohem Maße typisch. Von hier aus lassen sich auch neue Gesichtspunkte für die Überwindung der aus dem vergangenen Jahrhundert überkommenen gesetzesstaatlichen Vorstellungen gewinnen, die das eigentliche Hindernis gegen den Gedanken des richterlichen Führertums bilden.

a) Wort und Begriff „*Rechtsmittel*“ sind ihrer Herkunft nach politische Prägungen des liberalen Gesetzesstaates. Sie richten sich gegen jede Nachprüfung der richterlichen Entscheidung durch eine politische Instanz, also sowohl gegen die „Provokation“ an das Volk, wie gegen die „Appellation“ an den Gerichtsherrn. Sie sind gesetzesstaatlich konstruiert, d.h. darauf angelegt, jedes „persönliche Regime“ in der Rechtsprechung unmöglich zu machen. Ihr Grundgedanke ist, daß die richterliche Entscheidung die Funktion einer gesetzlichen Regel ist und die Anfechtung einer unrichtigen Entscheidung in gleicher Weise einer unpersönlichen Vergesetzlichung unterworfen werden soll. Wo es sich allerdings um Einrichtungen handelt, die seinem politischen Gestaltungsprinzip entsprechen, nämlich bei der echten Schwurgerichtsverfassung, schließt auch der liberale Verfassungsstaat eine „materielle Rüge“ aus. Die Möglichkeit einer inhaltlichen Richtigstellung unrichtiger Urteile entfällt also gerade gegenüber den wichtigsten Urteilen, und es ergibt sich der innere Widerspruch, daß der Rechtszug um so besser und umfangreicher ausgestaltet wird, je geringfügiger die Bedeutung des ersten Verfahrens ist. Das ist aber nur so lange ein Widerspruch, als der politische Charakter dieses Problems nicht erkannt wird. Wo es sich um Nachprüfung von Urteilen beamteter Richter handelt, führt der liberale Gesetzesstaat seinen gesetzesstaatlichen Grundgedanken folgerichtig durch und geht er bei der Ausgestaltung der Rechtsmittel davon aus, daß die Möglichkeiten menschlichen Irrtums unbegrenzt sind. Das muß dann auch für die Rechtsmittelinstanz gelten. Die unpersönliche Sicherheit eines berechenbaren Funktionierens der Gesetze kann eben niemals völlig erreicht werden, weil im zweiten und folgenden Rechtszug ebensogut Irrtümer möglich sind wie im ersten. Aus praktischen Gründen muß auch die liberalste Ausgestaltung des Strafverfahrens einmal zu einem rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens kommen. Aber der Grundgedanke wirkt sich darin aus, daß das Rechtsmittel ein normaler Teil des Verfahrens wird, und das Wiederaufnahmeverfahren sich immer mehr einem normalen Rechtsmittel annähert, also ebenfalls ein normaler Verfahrensbestandteil wird. Das wäre die völlige Auflösung eines in sich geschlossenen Strafverfahrens. Daß man diese letzten Folgerungen aus praktischen Gründen nicht zu Ende zieht, schließt nicht aus, daß der gesetzesstaatliche Grundgedanke die Auslegung und Handhabung der Verfahrensregelung doch sehr stark beeinflußt hat.

b) Die heutige *Berufung* ist eine Wiederholung des ersten Verfahrens. Dieses Rechtsmittel ist von jeher umstritten gewesen. Der Regierungsentwurf der geltenden Strafprozeßordnung von 1877 kannte, wie schon erwähnt, keine Berufung, erst auf einen Antrag des Abgeordneten Reichensperger ist sie für schöffengerichtliche Sachen in das Gesetz hineingekommen. Es ist bei den vielen Erörterungen dieses Rechtsmittels öfters darauf hingewiesen worden, wie sehr sich in der Berufungsverhandlung, schon infolge des wachsen-

den Abstandes vom Sachverhalt und infolge der Festlegungen durch das erste Verfahren, einer wirklichen Klarstellung des Falles und einer gerechten Entscheidung besondere, neue Schwierigkeiten entgegenstellen. Die Berufung hat heute auch nicht mehr nur den Sinn, offenbare Fehlurteile aufzuheben. Sie führt öfters zu einer bloßen Ersetzung der Rechtsauffassung des ersten Richters durch die Rechtsauffassung des zweiten Richters auf Grund abweichender Beweiswürdigung oder abweichender Gesetzesauslegung. Daß die zweite Rechtsauffassung richtiger ist als die erste, wird dadurch gewährleistet, daß das Kollegium der entscheidenden Richter größer wird oder ein Kollegium statt eines Einzelrichters entscheidet. Die grundsätzliche Verbindung des Kollegialgrundsatzes mit dieser Auffassung des Rechtsmittels ist ebenso offensichtlich, wie ihr grundsätzlicher Gegensatz gegen den Gedanken des richterlichen Führertums. Es trifft allerdings zu, daß es dem heutigen Volksempfinden als die wirksamste Rechtsgarantie erscheint, „Berufung einlegen“ zu können. Das erklärt sich aber nur daraus, daß bei der heutigen Verfahrensgestaltung das Vertrauen zur ersten Instanz von vornherein vermindert werden muß, weil die Wiederholbarkeit des Verfahrens den Eindruck nahelegt, als sei das Berufungsverfahren nur die gründlichere Wiederholung des ersten Verfahrens. Richter und Beteiligter des ersten Verfahrens rechnen oft schon von vornherein damit, daß die Sache bei genügender Wichtigkeit in die Berufung geht. Das erste Verfahren wird dann zu einem weniger gründlichen Vorverfahren, das Rechtsmittelverfahren zum eigentlichen Hauptverfahren. Auf diese Weise wird das Strafverfahren vom Rechtsmittel her in seinem Grundaufbau verkehrt, indem das Rechtsmittel sich in einen normalen Verfahrensbestandteil verwandelt.

c) Die *Rechtsrüge* (Revision) in ihrer heutigen Gestalt soll demgegenüber nicht etwa als eine vorbildliche Einrichtung hingestellt werden. Sie bewirkt aber zum Unterschied von der Berufung, die bloße Wiederholung ist, jedenfalls ein anderes Verfahren und verdient insofern den Namen eines echten Rechtsmittels. Mit vollem Recht bezeichnet der Entwurf die Rechtsrüge in ihrer heutigen Gestalt als volksfremd. Er will deshalb den Unterschied von Berufung und Revision auflockern und dadurch die Volksfremdheit überwinden. Aber die Unterscheidung der beiden Rechtsmittel ist nicht weniger volksfremd als die Revision selbst. Die scharfe Trennung von Rechtsprüfung und Tatsachenfeststellung hat als solche etwas Künstliches. Sie ist in ihrer heutigen Gestalt eine Folge des gesetzesstaatlichen Normendenkens und müßte völlig beseitigt werden. Gleichzeitig wäre zu verhindern, daß das Rechtsmittelverfahren zu einer bloßen Wiederholung des ersten Verfahrens wird. Das könnte z. B. dadurch geschehen, daß im zweiten Rechtszug nur solche Rechtsrügen zugelassen werden, die in einer zwingend vorgeschriebenen Begründung ausdrücklich erhoben worden sind, ohne Unterschied, ob sie sich gegen Tatsachenfeststellungen oder gegen Rechtsausführungen wenden.

Mit einer solchen Ausgestaltung wäre man allerdings immer noch bei der bisherigen Vorstellung der „Rechtsmittel“ verblieben. Eine andere Möglichkeit könnte darin gefunden werden, daß nur noch eine auf wesentliche Verfahrensmängel beschränkte Richtigkeitsbeschwerde zugelassen wird. Damit wäre, ähnlich wie in der früheren Schwurgerichtsverfassung, die „materielle Rüge“ ausgeschlossen. Eine wiederum anders geartete Möglichkeit liegt darin, für den Fall einer offensichtlichen Rechtsverletzung die Anrufung einer Stelle der politischen Führung zuzulassen. Das würde dem Wort „Berufung“ seinen ursprünglichen, durch das heutige „Rechtsmittel“ der Berufung getrübten Sinn wiedergeben. Alle diese Möglichkeiten sind hier nur erwähnt, um die Frage der Rechtsmittel von einer anderen Seite aufzuwerfen, als von der überkommenen gesetzesstaatlichen Ausgestaltung her, die vom Entwurf zwar aufgelockert, aber grundsätzlich beibehalten wird.

d) Diese Erörterung der Frage der Rechtsmittel ist von dem Gedanken getragen, daß das Ziel des Strafverfahrens eine im konkreten Fall gerechte Entscheidung ist. Nicht maßgebend ist der Gesichtspunkt der „*Wahrung der Rechtseinheit*“. Die Wahrung der Rechtseinheit ist für die Rechtsprechung nicht bedeutungslos, aber der erste Zweck der Rechtsprechung ist Gerechtigkeit. Die bisherige organisatorische Verbindung der Gestaltung des Rechtsmittels der Revision mit der Frage der Wahrung der Rechtseinheit ist heute nicht mehr sinnvoll. Sie erklärt sich zu einem wesentlichen Teil aus der bundesstaatlichen Struktur der Bismarckschen Reichsverfassung. An diese Verfassungslage ist auch die bisherige Stellung des Reichsgerichts als eines Revisionsgerichts gebunden. Eine einheitliche und bindende Rechtsauslegung kann aber auf andere und bessere Weise herbeigeführt werden als durch Schaffung eines Revisionsgerichts. Es besteht z. B. die Möglichkeit, daß ein *Beauftragter des Führers zur Wahrung der Rechtseinheit* in der Praxis auftauchende Widersprüche der Gesetzesauslegung beseitigt. Die Ausgestaltung dieses neuen Amtes braucht hier nicht in Einzelheiten dargetan zu werden. Es genügt, auf solche neuen Möglichkeiten hinzuweisen, um zu zeigen, daß eine sinnvolle Anwendung des Führergedankens auch die bisherige Verklammerung der Revisionsfrage mit der Aufgabe der Wahrung der Rechtseinheit ohne große Mühe überwindet.

Vierter Abschnitt: Ankläger, Verletzter und Beschuldigter

I. Die *Anklage* ist der Angelpunkt der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Strafprozesses. Ein Strafverfahren mit echter Anklage unterscheidet sich nicht nur in verfahrenstechnischen Einzelheiten, sondern in seiner gesamten Anlage wesentlich von einem Verfahren, das keine wirkliche Anklage und daher auch keinen wirklichen Ankläger mehr kennt. Das germanische Rechtsdenken hat der echten Anklage stets die größte Bedeutung beigemessen,

wofür Einrichtungen wie die sog. Anklage- oder Rüge-Geschworenen ein anschauliches Beispiel geben. Die geltende Strafprozeßordnung behandelt, ihrem liberal-autoritären Kompromißcharakter gemäß, die Anklage zwiespältig (§§ 151, 170 StPO.). Der Staatsanwalt erhebt Anklage auf Grund eines „zureichenden“ (der Entwurf sagt „genügenden“) Verdachts. Geltendmachung eines Verdachts ist also der Inhalt dieser Art Anklage. Die Form der Anklage ist beibehalten, ihre sachliche Bedeutung beschränkt sich auf die formelle prozeßrechtliche Wirkung der Rechtshängigmachung eines bestimmten Tatbestandes. Dadurch, daß die Form der Anklage beibehalten ist, wird der richterliche Inquisitionsprozeß abgelehnt; dadurch, daß der Staatsanwalt aber „nur formell“ Ankläger ist, wird gleichzeitig auch der Akkusations- und Parteiprozeß verneint.

1. Das geltende Strafprozeßrecht entgeht auf diese Weise der schwierigen Alternative zwischen Inquisitions- und Parteiprozeß. Die Wahl zwischen den gegensätzlichen Verfahrenssystemen wird dadurch umgangen, daß eine „*Anklageform ohne Anklageprinzip*“ herrschen soll. Die bekannte Wendung „Anklageform ohne Anklageprinzip“ ist überaus treffend und bezeichnend. Sie spricht offen aus, daß der Zusammenhang von Form und Prinzip zerrissen und die klare Durchführung eines einheitlichen Gestaltungsgrundsatzes absichtlich vermieden wird. Das praktische Ergebnis eines solchen Kompromisses besteht darin, daß die verfahrensrechtliche Stellung von Anklage, Ankläger und Angeklagtem in ein unklares Zwielicht gerät. Trotz aller Bemühungen und endloser Erörterungen ist die rechtliche Natur der Staatsanwaltschaft im Unklaren geblieben und eine einfache, einleuchtende Antwort auf die Frage, ob der heutige Strafprozeß Parteiprozeß ist oder nicht, bis auf den heutigen Tag nicht gefunden. Legt man den Ton auf die Form der *Anklage*, so ist der Prozeß kein Inquisitionsprozeß, sondern Parteiprozeß; betont man, daß die Anklage nur *Form* und nicht Prinzip ist, so ist das Verfahren kein Parteiprozeß, sondern ein Inquisitionsverfahren, in dem die inquirierende Tätigkeit zwischen einem weisungsgebundenen Staatsanwalt und einem unabhängigen Richter verteilt wird. In dieser Zwischenlösung bewegt sich das typische Strafprozeßsystem des letzten Jahrhunderts. Eine einfache Entscheidung war nicht möglich, weil der Gesetzgeber, in der Verfassungslage seines Zeitalters, die Entscheidung vorsichtig vermeiden mußte und deshalb an diesem wesentlichen Punkt des Strafverfahrens eine „Form ohne Prinzip“ zur Anwendung brachte.

Die Strafprozeßordnung von 1877 hat sich mit anerkennenswerter Gründlichkeit und Umsicht und auch mit technisch-praktischem Erfolg bemüht, den Gegensatz zu überbrücken und die widersprechenden Verfahrensbestandteile wenigstens zu einer gut funktionierenden Verfahrenseinheit zusammenzubringen. Aber keine Bemühung hilft darüber hinweg, daß da, wo „Anklageform ohne Anklageprinzip“ herrscht, die Staatsanwaltschaft weder wirklicher

Ankläger, noch wirklicher Nicht-Ankläger, weder wirkliche Partei, noch wirkliche Nicht-Partei ist. Die öffentliche Anklage, die in jeder natürlichen Lebensordnung als ein überaus inhaltvoller, substanzhaft bedeutender Verfahrensvorgang erscheint, wird zu einer prozeßtechnischen Formalität. Die Nebenwirkungen, die sich daran anschließen, z. B. dienststrafrechtliche Wirkungen bei einem angeklagten Beamten, beziehen sich nicht wesentlich auf die Anklage, sondern auf ein bestimmtes Verfahrensstadium und können ebensogut an den gerichtlichen Eröffnungsbeschluß angeknüpft werden. Der Kern der Anklage, ihr natürlicher Zusammenhang mit dem Verbrechen selbst und der in dem Verbrechen enthaltenen Verletzung, wird durch eine grundsatzlose Form zerstört.

Eine Wiederherstellung der echten Anklage, die dem gesunden Volksempfinden entsprechen würde, kann weder durch eine Betonung der liberalen noch durch die einseitige Verstärkung der autoritären Bestandteile des bisherigen Verfahrenssystems bewirkt werden. Nur der nationalsozialistische Führergrundsatz, d. h. ein das ganze Strafverfahren beherrschendes richterliches Führertum könnte auf neuem Boden ein Strafverfahren schaffen, das weder ein Inquisitions-, noch ein Parteiprozeß, noch eine Zwischenlösung ist, sondern dem Ankläger, dem Verletzten und dem Beschuldigten eine der heutigen völkischen Lebensordnung entsprechende Stellung im Strafverfahren zurückgibt.

2. Eine verbreitete Begriffsbestimmung begnügt sich damit, den Staatsanwalt als eine im Gegensatz zum unabhängigen Richter weisungsgebundene Stelle zu bezeichnen. Das ist eine richtige Kennzeichnung, aber keine den sachlichen Inhalt der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit erfassende Wesensbestimmung der strafverfahrensrechtlichen Eigenart der Staatsanwaltschaft. Die Weisungsgebundenheit kommt zu der sachlichen Aufgabe hinzu und kann nur von dieser aus gerechtfertigt werden. Die erste Verfahrensgestaltungsfrage, die sich bei einer gesetzlichen Neuordnung des gesamten Strafverfahrensrechts erhebt, betrifft also die *sachinhaltliche Besonderheit der Aufgabe und Tätigkeit des Staatsanwalts*.

Nach dem Inhalt ihrer Tätigkeit vereinigt die Staatsanwaltschaft heute bei sich eine Reihe verschiedenartiger Aufgaben und Zuständigkeiten. Für das Strafverfahren sind an erster Stelle zwei Aufgaben zu nennen: die *staatliche Ermittlungstätigkeit* und die *Vertretung der öffentlichen Anklage*. Der Staatsanwalt, heißt es in den „Grundsätzen“ des Entwurfs (§ 5 Abs. 3), „führt das Vorverfahren und ist der öffentliche Ankläger“. Diese beiden Aufgaben sind nicht wesensgleich und gehören nicht notwendig zusammen. Ihr Zusammentreffen bei der heutigen Staatsanwaltschaft erklärt sich aus der Verfassungslage, aus den strafrechtlichen Auffassungen und der rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Einrichtung der Staatsanwaltschaft des 19. Jahrhunderts.

Die sachliche Verschiedenheit der staatlichen Ermittlungstätigkeit und der Anklagevertretung hat sich auch in der Praxis geltend gemacht und dazu geführt, daß heute bei größeren Gerichten innerhalb der Staatsanwaltschaft eine Arbeitsteilung eingetreten ist, bei der der ermittelnde („inquirierende“) und der die Anklage vertretende („plädierende“) Staatsanwalt verschieden sind.

Die Verschiedenheit wirkt sich in der *verfahrensmäßigen Bedeutung* der beiden Aufgaben aus. Als Ermittlungsbehörde hat die Staatsanwaltschaft die Aufgabe, dem Richter bei der Aufklärung des Sachverhalts Hilfe zu leisten. Diese Aufgabe läßt sich erfüllen, ohne daß die Staatsanwaltschaft deshalb notwendigerweise eine Parteistellung erhalten müßte. Als Anklagebehörde dagegen ist die Staatsanwaltschaft in einer anderen Funktion, deren Bedeutung ganz von der sachlichen Bedeutung der Anklage abhängt. Hält man für die Anklage an dem Zusammenhang mit der in der Straftat liegenden „Verletzung“ fest oder sieht man in ihr einen öffentlich erhobenen Vorwurf, der auf Grund der Überzeugung von dem Unrecht des Angeklagten gemacht wird, so tritt ein wirklicher Ankläger vor das Gericht. Auf welche Weise dieser sich sein „Material“ beschafft, ist eine Frage für sich. Jedenfalls braucht die staatliche Ermittlungsbehörde nicht notwendig Ankläger, und der Ankläger nicht notwendig staatliche Ermittlungsbehörde zu sein. Ob der Ankläger „Partei“ ist, ist eine weitere Frage; ihre Beantwortung ergibt sich aus der verfahrensrechtlichen Regelung der Lage des Beschuldigten und der Stellung des Richters. Wird die Anklage in der oben geschilderten Weise prozeßtechnisch formalisiert, so hat auch der Ankläger als solcher die eigene Rechtsstellung verloren. Die Fragen nach der Parteistellung des Staatsanwalts und nach dem verfahrensrechtlichen Verhältnis von Ermittlungstätigkeit und Anklagevertretung enthalten dann keine Schwierigkeiten mehr, aber nur deshalb, weil die verfahrensrechtlich bedeutsamste dieser Tätigkeiten, die Anklagevertretung, ihrer sachlichen Bedeutung beraubt und zur leeren Form geworden ist.

Die Verschiedenheit der beiden Aufgaben betrifft auch die *behördenrechtliche Organisation*. Die staatliche Ermittlungstätigkeit ist ihrer Natur nach polizeiliche Tätigkeit. Der polizeiliche Charakter der Ermittlung ist von Anfang an erkannt worden. Die in Deutschland verbreitete Ansicht, daß die Ermittlung nicht eine polizeiliche, sondern eine richterliche Aufgabe sei, hat Rudolf Gneist, wohl zutreffend, daraus erklärt, daß man sich in Deutschland während der jahrhundertelangen Herrschaft des richterlichen Inquisitionsprozesses mangels anderer geeigneter Behörden an die Untersuchungstätigkeit des rechtsgelehrten, inquirierenden Richterpersonals gewöhnt hatte. Die Anklage dagegen ist kein polizeilicher Akt. Sie ist Sache der konkreten Ordnung und Gemeinschaft, die wirklich „verletzt“ ist. Sie kann daher auch ein besonders wichtiges Mittel der Staatsführung sein, worüber unter 3. zu sprechen ist. Jedenfalls ist die verfahrensrechtliche Verschiedenheit von staatlicher Ermittlung und Anklagevertretung unbestreitbar und führt zu der *Frage*:

Soll die überkommene Zusammenfassung von staatlicher Ermittlungstätigkeit und Anklagevertretung in einer Einrichtung beibehalten werden, oder macht die sachliche Verschiedenheit der beiden Aufgaben eine Verteilung auf zwei verschiedene Stellen und Einrichtungen erforderlich?

Der Entscheidung dieser Frage soll hier nicht vorgegriffen werden. Die Frage muß aber in aller Deutlichkeit gestellt werden, erstens, weil von ihr die Gesamtgestaltung des neuen Strafverfahrens abhängt und eine bewußte Beibehaltung der Zusammenfassung die überkommene Einrichtung für unabsehbare Zeit bestätigen und bekräftigen würde; zweitens, weil in der neueren Rechtsentwicklung bereits starke Entwicklungsrichtungen erkennbar sind, die zeigen, daß die Anklage heute aufhört, eine bloß prozeßtechnische Formalität zu sein. Darüber sollen bei der Erörterung der Stellung des Verletzten (unter II) weitere Ausführungen gemacht werden.

3. Außer der Ermittlungstätigkeit und der Vertretung der Anklage hat die Staatsanwaltschaft noch eine *dritte* Verfahrensaufgabe, nämlich „die *verantwortliche Vertretung der Staatsführung*". Der Entwurf stellt diese Aufgabe in den Vordergrund; an der Spitze der „Leitgedanken" steht der Satz: „Es ist vor allem die Staatsanwaltschaft nicht mit den selbständigen Rechten ausgestattet, die der verantwortlichen Vertretung der Staatsführung zukommen."

Diese dritte Aufgabe kann sich nach Lage des Falles mit der Ermittlungstätigkeit und der Anklagevertretung verbinden. Sie kann aber auch einen selbständigen weiteren Inhalt haben und besondere Befugnisse der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Gericht mit sich bringen. Der Staatsanwaltschaft stehen zwar nicht mehr, wie nach der ursprünglichen, napoleonischen Einrichtung, Aufsichtsbefugnisse und Gesetzesausfertigung gegenüber den Gerichten zu, wohl aber scheint die neuere Entwicklung unaufhaltsam immer weitere wichtige Aufgaben bei der Staatsanwaltschaft zu vereinigen. Das Vollstreckungs- und das Gnadenwesen ist ihr zugefallen. In wachsendem Umfang verfügt der Staatsanwalt nach seinem Ermessen durch seinen Antrag über die Zuständigkeit der Gerichte, damit auch über die Art der Rechtsmittel und in gewissem Umfang über die Höhe der Strafe. Auf andere Erweiterungen seiner Einwirkung auf das Vorverfahren und den Übergang ins Hauptverfahren wurde oben in den Ausführungen des zweiten Abschnittes (unter II) hingewiesen. Im Verfahren gegen Flüchtige kann nach dem Gesetz vom 28. Juni 1935 (§ 278 StPO.) und nach dem Entwurf der Staatsanwalt „die Durchführung der Hauptverhandlung beantragen, wenn das Rechtsempfinden des Volkes die alsbaldige Aburteilung der Tat verlangt" (§ 373 Abs. 1); dabei wird sogar noch ganz ausdrücklich betont, daß das Gericht nicht zu prüfen hat, ob das Rechtsempfinden des Volkes die alsbaldige Aburteilung verlangt (§ 373 Abs. 3). Diese Prüfung wird dem Richter genommen und dem Staatsanwalt übertragen. Der Entwurf, der diese Entwicklung weiterführt, läßt die Staatsanwaltschaft sogar

darüber entscheiden, ob ein strafrichterliches oder aber ein „entkriminalisiertes“ friedensrichterliches Verfahren stattfinden soll (vgl. unten II. 2.). Hier muß der Friedensrichter das friedensrichterliche Verfahren auch dann durchführen und einen Friedensspruch auch dann fällen, wenn er selbst der Überzeugung ist, daß die Angelegenheit sich nicht zur Erledigung im friedensrichterlichen Verfahren eignet, ebenso wie umgekehrt der Strafrichter auch dann auf Strafe oder Freisprechung erkennen muß, wenn er der Überzeugung ist, daß die Angelegenheit in das friedensrichterliche Verfahren gehört. Die Staatsanwaltschaft verfügt hier also sogar über das Verfahren.

Durch die Wahrnehmung der verantwortlichen Vertretung der Staatsführung wird der Staatsanwalt noch nicht zu einer Partei, auch dann nicht, wenn er nur in dieser Eigenschaft Anklagevertreter ist. Auch im Zivilprozeß führt ja die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses nicht ohne weiteres zu einer Parteistellung des Staatsanwalts. Wohl aber bewirkt die verantwortliche Vertretung der Staatsführung und die damit verbundene größere Nähe zur politischen Führung in einem Führerreich eine ganz außerordentliche verfahrensrechtliche *Machtsteigerung des Staatsanwalts*, die weit über die Summe der oben erwähnten wachsenden Zuständigkeiten und Befugnisse hinausgeht. Der Staatsanwalt wird dem Richter im Strafverfahren nicht nur ebenbürtig, sondern sogar überlegen. Nur eine Ausgestaltung des neuen Strafverfahrens nach den Grundsätzen wirklicher richterlicher Führung könnte dieses Ergebnis verhindern.

4. Sowohl die staatliche Ermittlungstätigkeit wie die verantwortliche Vertretung der Staatsführung sind Aufgaben, die ihrer Natur nach die Frage nahelegen, ob sie nicht eher zum Ressort des *Innenministeriums* als des Justizministeriums gehören. In der Entstehungsgeschichte der geltenden Strafprozeßordnung von 1877 ist auch diese Frage erkannt und der Vorschlag gemacht worden, die Staatsanwaltschaft beiden Ministerien einzuordnen. Ferner ist zu erwägen, ob die Gesichtspunkte der Staatsführung, die natürlich nicht nur „Staats-“Führung im engeren Sinne des Wortes „Staat“ ist, im Verfahren nicht durch einen *besonderen Beauftragten* (Kommissar) wahrgenommen werden können, der sowohl von einer staatlichen Zentralstelle wie von der *Partei* entsandt werden könnte. Dabei ist zu beachten, daß es auch Fälle geben kann, in denen nicht nur die Anklage, sondern auch die *Verteidigung* durch Gesichtspunkte der Staatsführung bestimmt ist.

II. Für eine *individualistische* Betrachtungsweise wird *der Verletzte*, auch wenn er als Träger von Rechtsgütern anerkannt ist, zu einem von einer unerlaubten Handlung betroffenen „Atom der Gesellschaft“. Das Interesse des Verletzten wird in scharfer Absetzung vom rein staatlichen Strafanspruch ins Privatrechtliche abgedrängt, wenn sich auch im Antragsrecht, in der Privatklage, der Nebenklage und im sog. Klageerzwingungsverfahren Reste der al-

ten Auffassung behaupten, die im Verletzten den natürlichen Ankläger sieht. Für eine *ökonomisch-materialistische* Denkweise ist der Verletzte bloßer „Geschädigter“, der in seinen subjektiven Rechten und geschützten Rechtsgütern betroffen und dadurch zum Gläubiger eines Entschädigungs- oder Ausgleichsanspruches wird. Seine „Verletzung“ kann daher sofort in Zweifel gezogen werden, wenn sie im Kreislauf des geldwirtschaftlichen Systems durch Versicherungsansprüche oder auf andere Weise abgewälzt wird, wobei der Begriff des Geschädigten sich ins Grenzenlose verliert. Die praktisch brauchbare Abgrenzung des Begriffs des Verletzten ist von Anfang an eine ungelöste Frage des heutigen Strafrechts und Strafverfahrensrechts gewesen. Die individualistische wie die ökonomische Denkweise wirken beide in der gleichen Richtung mit dem Ergebnis, daß der Verletzte schließlich überhaupt nicht mehr als Beteiligter des staatlichen Strafverfahrens erscheint.

1. Wird der Begriff des Verletzten von den überkommenen individualistischen Vorstellungen gelöst, so ist die in der Straftat enthaltene Verletzung eine Angelegenheit der neuen Lebensordnungen, die sich in einem nationalsozialistischen Gemeinwesen bilden: Volksgemeinschaft, Partei, Stand, Gemeinde, Sippe und Familie. Wird die ökonomische Betrachtungsweise durch die nationalsozialistischen Begriffe von Treue, Frieden und Ehre überwunden, so ist die Straftat ein Treubruch, die Strafe in weitem Maße Ehrenstrafe, die gleichzeitig eine echte Genugtuung für den verletzten Volksgenossen und die konkrete Ordnung und Gemeinschaft bedeutet, an der die Treue oder der Frieden gebrochen wurde.

Die Frage nach der verfahrensrechtlichen Stellung des Verletzten wird aber nicht nur durch diesen Wandel der grundsätzlichen Betrachtungsweise verändert. In den letzten Jahren ist auch in der Entwicklung des positiven Rechts eine Gesamtrichtung erkennbar geworden, die den Verletzten in einem anderen Lichte erscheinen läßt. Negativ ist das durch die Auflockerung des Legalitätsprinzips bewirkt worden, positiv durch Ansätze zu Neubildungen, die im geltenden Gesetzesrecht bereits anerkannt sind und deren Weiterentwicklung gefördert werden muß.

a) Dem ausschließlichen *Recht* der Staatsanwaltschaft zur Verbrechensverfolgung, dem „*Anklagemonopol*“ der Staatsanwaltschaft, entsprach bisher eine *Pflicht* zur unbedingten Verbrechensverfolgung. *Das Legalitätsprinzip war die Grundlage des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft*. Das ausschließliche Strafverfolgungs- und Anklagerecht der Staatsanwaltschaft wurde aus der in jeder Straftat enthaltenen Verletzung einer staatlichen Norm oder eines sonstwie konstruierten staatlichen „Rechtsgutes“ gefolgert. Der gesetzesstaatliche Aufbau des Strafrechts und des Strafverfahrens führte dazu, daß mit jeder Straftat der Staat selbst als der unmittelbar Verletzte erschien, dessen aus der Verletzung entstandenen Genugtuungsanspruch ein

Staatsanwalt geltend machte. Diese Konstruktion des staatlichen Anklagemonopols ist ganz gesetzesstaatlich gedacht. Sie entspricht der Verfassungslage des 19. Jahrhunderts. Die Anklage wird nicht aus dem Bruch einer wirklichen Lebensordnung, sondern aus der Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes abgeleitet. Sie muß daher zu einer leeren Formalität werden. Soweit die Vorstellung eines Treubruches noch vorhanden ist, wird nach dieser normativistischen Auffassung nicht die in einer konkreten Gemeinschaft wirkliche Treue, sondern nur die Norm verletzt, die den Treubruch verbietet. Der „Staat" nimmt den Platz jeder wirklichen Ordnung und Gemeinschaft ein. Das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft entspricht dem Ordnungs- und Gemeinschaftsmonopol des Staates. Der Verletzte hat keine Verfahrensstellung mehr und wird zum privatrechtlich Geschädigten.

Im Entwurf wird das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft verschärft, zugleich aber die bisherige Grundlage dieses Monopols, das Legalitätsprinzip, in weitestem Maße aufgelockert. Klageerzwingungsverfahren, Privatklage und Nebenklage werden beseitigt. Das bisherige Antragsrecht wird durch ein „Anhörungsrecht" ersetzt (vgl. § 28 des Entwurfs). Damit hört der Verletzte auf, Beteiligter des Strafverfahrens zu sein. Er erscheint nur noch entweder als „Anzeiger" (§§ 13, 32), vielleicht auch als Zeuge, oder aber in einem besonderen Entschädigungsverfahren, im sog. Adhäsionsverfahren, als „Beschädigter" (§§ 401–410). Die „Grundsätze" des Entwurfs sagen freilich, daß „das Strafverfahren auch die Aufgabe hat, dem Verletzten Genugtuung zu verschaffen" (§ 9 Abs. 1). Das wird aber sofort dahin eingeschränkt, daß „für die Wiedergutmachung des ihm zugefügten Schadens Sorge getragen" wird, „soweit das im Strafverfahren ohne Beeinträchtigung seines Hauptzieles geschehen kann" (§ 9 Abs. 2). Für kleinere Sachen wird das Legalitätsprinzip aufgehoben, für die mittlere Kriminalität „gelockert".

Folgerichtig müßte eine Verschärfung des Anklagemonopols eine Verschärfung des Legalitätsprinzips, eine Auflockerung des Legalitätsprinzips eine Auflockerung des Anklagemonopols mit sich bringen. Das ist rechtlich ebenso zwingend, wie z. B. der rechtliche Zusammenhang von Verkehrsmonopol und Kontrahierungszwang. Zu jeder ausschließlichen Befugnis gehört eine entsprechende, ebenso zwingende Verpflichtung. Verläßt man den Boden dieses Rechtsgedankens und hält man den Verfolgungszwang nur so weit aufrecht, als die Verfolgung nach dem Ermessen der Staatsanwaltschaft vom „Standpunkt der Volksgemeinschaft" geboten ist (§ 26), so müßte eigentlich der Verletzte, sei es der Volksgenosse, sei es die verletzte weitere oder engere Gemeinschaft (Partei, Stand, Gemeinde, Sippe, Familie), wieder in das Strafverfahren eingeführt werden, um sein verletztes Recht wahren zu können. Der Entwurf scheint nur an ein verletztes Individuum zu denken und die verfahrensmäßige Tragweite einer Auflockerung des Legalitätsprinzips zu unterschätzen.

b) An einer besonderen Stelle des Entwurfs wird ein wirklich Verletzter erwähnt, ohne daß er als „Verletzter“ erscheint: In dem Abschnitt „Erhebung der Anklage“ ist in § 39 der Fall hervorgehoben, daß eine Tat „nach den Strafgesetzen nur auf Anordnung oder auf Verlangen verfolgt“ wird. Die Bestimmung betrifft, soweit sie für diesen Zusammenhang von Bedeutung ist, hauptsächlich Fälle des Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei vom 20. Dezember 1934 (RGBl. I S. 1269). Die Verfolgung der Tat ist hier von der Anordnung des Reichsministers der Justiz, bei einer gegen leitende Persönlichkeiten der NSDAP. gerichteten Tat im Einvernehmen mit dem Stellvertreter des Führers, abhängig gemacht; in anderen Fällen ist eine in § 39 des Entwurfs nicht genannte Zustimmung des Stellvertreters des Führers vorgesehen. Hier zeigt sich, daß die staat- und volktragende Bewegung der NSDAP., sobald sie als Verletzter erscheint, nicht mehr in die überkommene Regelung der verfahrensrechtlichen Stellung des Verletzten hineinpaßt. Die frühere Konstruktion, nach der die Straftat ausschließlich den Staat verletzt, ist durch die Regelung eines positiven Gesetzes an einem entscheidenden Punkt bereits außer Kraft gesetzt. Die neuere Entwicklung des Anordnungs- und Zustimmungsrechts läßt also den Ansatz zu einer neuen Auffassung des „Verletzten“ erkennen. Das ließe sich schon heute verfahrensrechtlich dahin ausgestalten, daß in solchen Fällen, über das bloße Zustimmungsrecht hinaus, durch einen der Anklage oder auch der Verteidigung beigegebenen *Verfahrensbeauftragten der Partei* deren Recht als Verletzter wahrgenommen wird. Andere neue Gemeinschaftsbildungen sind in ihrer verfassungsrechtlichen Stellung noch nicht so gesichert wie die NSDAP. Doch darf auch hier der Weg weiterer Entwicklung nicht versperrt werden.

2. Zu dem Entwurf einer *Friedensrichter- und Schiedmannsordnung* soll hier nicht weiter Stellung genommen werden. Nur im Zusammenhang mit der Frage des Verletzten sei folgendes bemerkt:

Der Entwurf einer Strafverfahrensordnung beseitigt jede unmittelbare Beziehung zwischen dem Verletzten und dem Richter und gibt dem Staatsanwalt die Möglichkeit, den Verletzten auf das „friedensrichterliche“ Verfahren zu verweisen. Der Friedensrichter ist nach dem Entwurf der Friedensrichter- und Schiedmannsordnung „berufen, nach den Vorschriften dieses Gesetzes zu schlichten, wenn der Friede durch eine leichte Körperverletzung, eine fahrlässige Körperverletzung, eine *Ehr*abschneidung, eine Beleidigung, eine Beschimpfung Verstorbener, einen Haus*friedens*bruch, eine Verletzung des Briefgeheimnisses oder eine Sachbeschädigung gestört ist und die Ahndung der Tat mit den Mitteln des Strafrechts nicht geboten erscheint“ (§ 1 FSchO.). Hier werden also „Tatbestände“ des bisherigen Strafrechts mit einem Begriff des „Friedens“, der kein solcher „Tatbestand“ ist, verknüpft. Jene Tatbestände sind vom Gesichtspunkt der Rechtsgutverletzung aus gebildet; sie nehmen auf keine konkrete Ordnung und Gemeinschaft Bezug. Mit dem

Begriff des „Friedens“ dagegen soll eine solche Bezugnahme hergestellt werden. Der Entwurf spricht zwar vom „Frieden“ schlechthin, meint aber nach den „Leitgedanken“ hauptsächlich wohl nur den nachbarlichen Rechtsfrieden und offenbar z. B. nicht den Land- und Volksfrieden, der vom Wortlaut der Bestimmung ebenfalls mitumfaßt wird. Der Entwurf rechnet außerdem, nach seinem Wortlaut, mit der Möglichkeit, daß beim Tatbestand des Hausfriedensbruchs der Friede zwar „gebrochen“, aber nicht „gestört“ wird. Er legt sogar das Mißverständnis nahe, es könnte einen „Frieden ohne Ehre“ geben, weil er den Tatbestand der Ehrabschneidung ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Störung des Friedens betrachtet. Diese Regelung schützt nicht genügend die Ehre des Verletzten. Wenn das Wort „Ehrabschneidung“ wirklich das bedeutet, was es besagt, ist es nicht zulässig, den durch Ehrabschneidung Verletzten in ein „entkriminalisiertes“ friedensrichterliches Verfahren zu verweisen, indem ihm der Staatsanwalt das Strafverfahren abschneidet.

III. Eine gesetzliche Regelung des Strafverfahrens darf weder für noch gegen den *Beschuldigten*, weder ausdrücklich noch stillschweigend, allgemeine Schuld- oder Nicht-Schuldvermutungen aufstellen. Sie kann ebensowenig davon ausgehen, daß der Beschuldigte im allgemeinen wahrscheinlich ein Schädling ist, wie davon, daß er wahrscheinlich ein Ehrenmann ist.

1. In der Lebenswirklichkeit liegen die einzelnen Fälle in der Sache freilich sehr verschieden. Das nach denselben gesetzlichen Regeln vor sich gehende Strafverfahren kann sich ebensogut gegen einen vielfach vorbestraften Berufsverbrecher, wie gegen einen ehrenhaften Volksgenossen richten, der zum erstenmal mit einer Strafverfolgungsbehörde in Berührung kommt. Im Schrifttum ist daher der Vorschlag gemacht worden, innerhalb des abstrakten Begriffs des Beschuldigten *Abstufungen* vorzunehmen und die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten, je nach seinem Vorleben und seinem Leumund, verschieden zu gestalten. Wenn das neue Strafrecht ein Täterstrafrecht ist, so scheint es folgerichtig zu sein, auch das Strafverfahren als Täter-Strafverfahren aufzubauen und nach Täter-Typen abzustufen.

So einleuchtend dieser Gedanke auf den ersten Blick sein mag, so schwierig wäre seine Durchführung in einer gesetzlichen Regelung. Jede derartige Abstufung wäre eine gesetzliche Schuldvermutung, und die verschiedenen Klassen der Beschuldigten würden zu ebenso vielen verschiedenen Arten des Strafverfahrens führen. Ein auf Gerechtigkeit hinzielendes Strafverfahren darf nicht mit solchen gesetzlichen Schuldvermutungen belastet werden. Gegenüber Verbrechern, bei denen kein Strafverfahren, sondern nur noch Sicherung und Unschädlichmachung am Platze ist, müssen die Sicherungsmaßnahmen rücksichtslos angewandt werden. Die Polizei hat außerhalb des Strafverfahrens genügend Machtmittel. Im übrigen lassen die Bestimmungen des

Strafverfahrens einen weiten Spielraum, um den notorischen Verbrecher ohne unangebrachte Rücksichten schnell der verdienten Strafe zuzuführen. Mittelbar tragen auch Zuständigkeitsregelungen und Sonderverfahren wegen bestimmter Straftaten, z. B. das Verfahren vor dem Volksgerichtshof, dem Bedürfnis nach Unterscheidungen in weitem Maße Rechnung. Darüber hinaus wäre es verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, durch die Aufstellung verschiedener Klassen von Beschuldigten und durch verschiedenklassige Strafverfahren sowohl die grundsätzliche Einheit des deutschen Strafverfahrensrechts wie des Begriffs des deutschen Volksgenossen aufzuheben. Solange der Beschuldigte als Angehöriger der Volks- oder Schutzgemeinschaft anerkannt ist, muß ihm in einem Strafverfahren die Achtung erwiesen werden, die in der Einhaltung der Formen eines Strafverfahrens liegt.

2. Der Entwurf geht mit Recht auf solche Unterscheidungsvorschläge nicht ein und sucht sich streng von Schuldvermutungen fernzuhalten. Nur im Zusammenhang mit der Frage der Untersuchungshaft wird in den „Leitgedanken" betont, daß es „nicht zuletzt der Zweck der Strafrechtspflege sei, die Volksgemeinschaft vor weiteren Taten des Beschuldigten" zu schützen. In dieser Formulierung ist der Satz nicht haltbar. Er nimmt das Ergebnis der Hauptverhandlung vorweg und enthält eine unzulässige Schuldvermutung.

Auch in anderer Hinsicht wird die Stellung des Beschuldigten *verschlechtert*. Die notwendige Verteidigung ist gegenüber der geltenden StPO. (§§ 140 ff.) eingeschränkt (§§ 131 f.), die Voruntersuchung auf Antrag des Beschuldigten, wie schon in der Neuregelung der geltenden StPO. (§ 178), abgeschafft. Die unmittelbare Beziehung von Richter und Beschuldigtem außerhalb der Hauptverhandlung ist, bis auf die erst nach Ablauf einer zweiwöchigen Frist zulässige Anrufung der richterlichen Entscheidung gegen den Haftbefehl des Staatsanwalts (§ 214), beseitigt. Ein Ablehnungsrecht gegenüber dem mit weitgehenden neuen Befugnissen ausgestatteten Staatsanwalt ist dem Beschuldigten nicht gewährt (§ 126 Abs. 5).

Die vom Entwurf vorgeschlagene Regelung der Stellung des Beschuldigten hat etwas Einfaches, allerdings auch Einseitiges und Unbefriedigendes. Der Beschuldigte ist nun einmal in der Sache zunächst am Verfahren beteiligt, *und es muß auch der Anschein vermieden werden, als sei ein Volksgenosse zum bloßen Objekt eines Strafverfahrens herabgewürdigt.* Das neue Strafverfahren muß die natürlichen Verteidigungsrechte des vielleicht zu Unrecht beschuldigten, um sein Recht kämpfenden Volksgenossen grundsätzlich anerkennen und sichern. Über der berechtigten Forderung einer „straffen und schnell arbeitenden Justiz" und über dem berechtigten Kampf gegen liberale Schlagworte von „Parteiprozeß" und „Waffengleichheit" sollte nicht vergessen werden, daß ein starkes und in sich gefestigtes Führerreich alle Lebensrechte eines Volksgenossen schützt und weit mehr als ein liberalistisch

geschwächter Staat in der Lage ist, einen ungerechterweise Verdächtigten und Beschuldigten mit allen wirksamen Verteidigungsrechten auszustatten.

Schlußfolgerungen

1. Für eine neue Strafverfahrensordnung genügt es nicht, die überkommene gesetzliche Regelung technisch zu verbessern und aus Bedürfnissen und Gewohnheiten der bisherigen Praxis zu ergänzen. Ebensowenig wie es sich darum handelt, etwas Neues nur des Neuen wegen zu finden, können auf der andern Seite bloße Auflockerungen des früheren Rechts schon als nationalsozialistische Rechtserneuerung angesehen werden.

2. Das nationalsozialistische Reich ist mehr als nur ein „autoritärer Staat". Weder läßt sich das nationalsozialistische Rechtsdenken in das System des liberalautoritären Kompromisses einbeziehen, auf dem der überkommene Strafprozeß beruht, noch ist die gesetzgeberische Aufgabe damit gelöst, daß die liberalen Elemente des bisherigen Strafprozesses ausgemerzt und die autoritären übriggelassen werden.

3. Die Neuregelung darf auch nicht einen bloßen Übergangs- und Zwischenzustand durch eine neue Kodifikation festlegen. Dadurch würde der Anschein einer abschließenden gesetzlichen Regelung im nationalsozialistischen Sinne erweckt. Einer „Novellengesetzgebung in Kodifikationsform" wäre die Beibehaltung des überlieferten Systems vorzuziehen, weil dadurch vermieden würde, daß nicht-nationalsozialistische Begriffe und Einrichtungen sich mit neuen Bezeichnungen umkleiden.

4. Alle wesentlichen Einrichtungen und Begriffe des neuen Strafverfahrensrechts, wie Richter, Ermittlungsbehörde, Ankläger, Verletzter und Beschuldigter, müssen mit den Einrichtungen und Begriffen übereinstimmen, die sich in der Gesamtverfassung des nationalsozialistischen Deutschland in Partei, Staat und Stand bereits entwickelt haben und noch weiter entwickeln. Damit allein ist der gesetzgeberischen Arbeit die feste Richtung gewiesen. Ob das Ziel besser durch eine zunächst nur an wesentlichen Punkten, etwa in der Frage des Führergrundsatzes, vorstoßende besondere Regelung oder bereits durch eine umfassende neue Kodifikation erreicht werden kann, ist eine weitere Frage, bei deren Beantwortung auf praktische Notwendigkeiten Rücksicht genommen werden muß. Auf keinen Fall ist eine neue Strafverfahrensordnung Selbstzweck.

5. Der Beruf der heutigen Zeit zu einer umfassenden Gesamtregelung des Strafverfahrensrechts hängt ausschließlich davon ab, wie weit es heute schon möglich ist, die Gedanken des Nationalsozialismus auf diesem besonders wichtigen Rechtsgebiet eindeutig und entschieden zur Geltung zu bringen.

58. Das Judentum in der Rechtswissenschaft Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer der N.S.D.A.P. am 3. und 4. Oktober 1936

Eröffnung der wissenschaftlichen Vorträge sowie Schlusswort vom Reichsgruppenwalter Staatsrat Professor Dr. Carl Schmitt

Band 1. Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, Deutscher Rechtsverlag, Berlin 1936, S. 14–17 und 28–34

Eröffnung der wissenschaftlichen Vorträge

Drei Leitsätze sollen über unserer Tagung stehen. Der erste dieser Leitsätze ist ein Ausspruch des Führers aus seinem Buch „Mein Kampf". Gleich im ersten Teil des Buches behandeln einige Seiten die „jüdische Dialektik". Hier ist in klarster Erkenntnis jüdischer Art und jüdischer Kunstgriffe alles gesagt, was wir mit unseren Ausführungen im einzelnen darlegen und veranschaulichen wollen. Was der Führer über jüdische Dialektik gesagt hat, müssen wir uns selbst und unseren Studenten immer wieder einprägen, um der großen Gefahr immer neuer Tarnungen und Zerredungen zu entgehen. Mit einem nur gefühlsmäßigen Antisemitismus und der allgemeinen Ablehnung einiger besonders aufdringlicher und unangenehmer jüdischer Erscheinungen ist es nicht getan; es bedarf einer erkenntnismäßig begründeten Sicherheit. Eine solche erkenntnismäßige Sicherheit hatte ein einsamer, armer junger Deutscher bereits vor dem Krieg in Wien gewonnen, als die offizielle Wissenschaft noch tief im Banne jüdischen Geistes stand und wohl fast alle von uns noch in der Blindheit befangen waren, die durch sämtliche Begriffe und Einrichtungen der damaligen bürgerlichen Bildung herbeigeführt wurde. Die großen Reden des Führers und seiner Mitkämpfer auf dem Parteitag der Ehre in Nürnberg haben uns die heutige Kampflage in der weltanschaulichen Auseinandersetzung mit Judentum und Bolschewismus in aufrüttelnder Klarheit zum Bewußtsein gebracht. In diesem entscheidenden Geisteskampf steht auch unsere wissenschaftliche Arbeit. Der tiefste und letzte Sinn dieses Kampfes und damit auch unserer heutigen Arbeit aber liegt in dem Satz des Führers ausgesprochen:

„Indem ich mich des Juden erwehre, kämpfe ich für das Werk des Herrn."

Der zweite Leitsatz ist ein Wort des Reichsrechtsführers, Reichsministers Dr. *Frank*, das unserer wissenschaftlichen und erzieherischen Arbeit die gegenwärtige Aufgabe stellt. Die Ansprache des Reichsrechtsführers war eine erschöpfende Zusammenstellung alles dessen, was zu unserem großen Gesamtthema heute gesagt werden kann. Sie hat unsere Aufgabe so vollständig aufgezeigt, daß unsere Einzelreferate und Einzelerörterungen als eine Ausführung seiner Forderungen und Anregungen erscheinen. Der Gesamtrahmen unserer Arbeit aber ist mit folgendem Wort unseres Reichsrechtsführers bezeichnet:

„*Die Rassengesetzgebung ist abgeschlossen; aber es bleibt die Aufgabe unserer unermüdlichen Erziehung, die Erkenntnis der jüdischen Gefahr im deutschen Volke wachzuhalten.*"

Der dritte Leitsatz stammt von *Theodor v. d. Pfordten*, dem deutschen Rechtswahrer, der am 9. November 1923 an der Feldherrnhalle gefallen ist und dessen der Reichsrechtsführer in seiner Ansprache gedachte. Theodor v. d. Pfordten hat einen „Aufruf an die Gebildeten deutschen Blutes" gerichtet, der uns als rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Hochschullehrer am meisten angeht und dessen Vorwürfe uns besonders treffen. Denn die deutsche Bildung des vergangenen Jahrhunderts war zum großen Teil Beamtenbildung, und diese wiederum juristische und nationalökonomische Bildung. In dem Aufruf heißt es:

„*Jahrzehntelang habt ihr untätig und gleichgültig zugesehen, wie die Flut undeutscher Bestrebungen das Staatsgefüge lockerte und unsere Wissenschaft mit ihrem tödlichen Gift durchdrang.*"

Die Schuld, die uns Theodor v. d. Pfordten mit diesem Satz vorhält, suchen wir durch unsere heutige und künftige Arbeit abzutragen. Wir müssen den deutschen Geist von allen jüdischen Fälschungen befreien, Fälschungen des Begriffes Geist, die es ermöglicht haben, daß jüdische Emigranten den großartigen Kampf des Gauleiters *Julius Streicher* als etwas „Ungeistiges" bezeichnen konnten. Vergessen Sie nicht, was es bedeutet, daß Jahr für Jahr, Semester für Semester, fast hundert Jahre lang Tausende junger Deutscher, künftige Richter und Anwälte, durch die Schule jüdischer Rechtslehrer gegangen sind, daß maßgebende Lehrbücher und Kommentare der wichtigsten Rechtsgebiete von Juden stammen, daß einflußreiche juristische Zeitschriften von ihnen beherrscht waren, so daß es ihnen möglich war, typisch jüdische Gedanken als allein wissenschaftlich, jede andere Meinung aber als unwissenschaftlich und lächerlich hinzustellen. Nur wer sich dieser geistigen Macht des Judentums bewußt geworden ist und ihre ganze Tiefe und ihren vollen Umfang erkannt hat, wird erfassen können, welche Befreiung der Sieg des

Nationalsozialismus für den deutschen Geist und die deutsche Rechtswissenschaft bedeutet.

Dies sind die drei Leitsätze unserer Tagung. Wenn wir dabei von Juden und Judentum sprechen, so meinen wir wirklich den Juden und nichts anderes. Auf Grund ganz bestimmter Erfahrungen und aus Anlaß eines Briefwechsels, der bei der Vorbereitung dieser Tagung entstand, möchte ich das besonders hervorheben. *Das Problem des Juden darf nicht unter Allgemeinbegriffen verdeckt, verharmlost oder verfälscht werden.* Wir wollen also z. B. nicht vom „fremden Wesen" im allgemeinen sprechen. Die Juden sind für uns Fremde, und es ist leider so, daß wir Deutsche uns oft für fremdes Wesen anfällig gezeigt haben. Trotzdem ist die Anfälligkeit für jüdisches Wesen etwas anderes als die Beeinflußbarkeit durch andere, vielleicht artverwandte und benachbarte Völker. Machen wir hier aus den Fremden einen Allgemeinbegriff, der unterschiedslos Artverwandte und Artfremde umfaßt, so kann die spezifisch jüdische Beeinflussung nicht mehr wissenschaftlich erkannt werden. Dann erscheint der Einfluß, den z. B. die italienische Musik auf unsere großen deutschen Musiker Händel, Bach und Mozart gehabt hat, in einer Reihe mit der jüdischen Infektion, die von Marx oder Heine ausging. Der Rassenlehre verdanken wir die Erkenntnis des Unterschiedes von Juden und anderen Völkern. Franzosen, Engländer und Italiener haben großen Einfluß auf uns ausgeübt. Darunter sind gute und böse Einflüsse. Aber immer ist ein solcher Einfluß arischer Völker etwas völlig anderes als der Einfluß jüdischen Geistes. Sprechen wir hier, wo es sich um den Juden handelt, auch nicht allgemein von „Nichtariern". Auch dadurch würde der Jude in eine Gesellschaft versetzt, in der er unerwartete Bundesgenossen findet und womöglich mit großartigen Samurais und ritterlichen Magyaren Arm in Arm auftritt. Dann hat er die Möglichkeit, den Kampf gegen das Judentum als einen Kampf gegen andere nichtjüdische Völker zu denunzieren und seine deutschfeindliche Propaganda unter neue Aspekte zu stellen. Sprechen wir endlich auch nicht von dem Judentum als einer „nationalen Minderheit". Denn die Lage der Juden ist in jedem Lande anders als die irgendeiner anderen „Minderheit", und es würde neue geistige Verwirrung anrichten, wenn man die Juden etwa mit den Deutschen in Siebenbürgen oder den Polen in Oberschlesien in eine Reihe stellt. Alle derartigen Verallgemeinerungen gehen an der Kernfrage vorbei und sind daher unwissenschaftlich. Sie sind intellektuell wie gefühlsmäßig irreführend. Wir sprechen also von den Juden und nennen sie bei ihrem Namen.

Ich weiß aus eigener Erfahrung, welchen Beleidigungen und Verleumdungen man ausgesetzt ist, wenn man in diesen Kampf eintritt. Ich weiß auch, mit welchem Haß jüdische Emigranten und ihre Verbündeten die wissenschaftliche Ehre und den guten Namen eines jeden zu zerstören suchen, der sich ihrem geistigen Herrschaftsanspruch entzieht. Wir wollen hoffen, daß sie

innerhalb des deutschen Volkes keine Verbündeten mehr finden, aber wir können sicher sein, daß ihnen jeder innere Gegensatz zwischen uns, jede Art von Uneinigkeit und Unkameradschaftlichkeit, jedes geistige oder sittliche Versagen als Ansatzpunkt dienen wird, um ihr altes Zerstörungswerk mit neuen Methoden wieder aufzunehmen. Nur die einmütigste Geschlossenheit und Anspannung aller geistigen und sittlichen Kräfte macht uns zu würdigen Mitkämpfern der großen weltanschaulichen Auseinandersetzung, in der das deutsche Volk, von Adolf Hitler geführt, seine Gesamtexistenz verteidigt.

Schlußwort
des Reichsgruppenwalters Staatsrat Prof. Dr. Carl Schmitt

I. Unsere Tagung hat eine große Fülle von Gedanken und Gesichtspunkten hervorgebracht und glücklicherweise auch bereits ein Gesamtbild ergeben. Das Ergebnis braucht jetzt noch nicht in einzelnen Thesen oder Sätzen formuliert zusammengefaßt zu werden. Für die praktische rechtswissenschaftliche Arbeit ist an unmittelbar bevorstehenden Aufgaben, an die wir noch in diesem Semester herangehen können, unendlich viel zutage gefördert worden. Ich erinnere nur an die Forderung der Zusammenarbeit von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft auf dem Gebiet des Handels- und bürgerlichen Rechts, an die rechtsgeschichtliche Zusammenarbeit, nicht in dem Sinn der alten archäologischen Rechtsgeschichte, sondern in dem von Dr. Ruttke geforderten Sinn, an die Arbeit auf dem Gebiet des jüdischen Rechts, wozu Rechtsanwalt Schroer durch seine Arbeiten über den Schulchan Aruch bereits sehr viel beigetragen hat. Durch alle Referate hindurch zog sich die Erkenntnis, wie stark das jüdische Gesetzesdenken auf sämtlichen Gebieten des Rechtslebens zur Herrschaft gelangte und wie wenig dieses Gesetzesdenken mit dem Rechts- und Gesetzesgefühl des deutschen Menschen auch nur vergleichsweise in Beziehung gebracht werden kann. Das jüdische Gesetz erscheint, wie alle Vorträge gezeigt haben, als die Erlösung aus einem Chaos. Die *Polarität von jüdischem Chaos und jüdischer Gesetzlichkeit, von anarchistischem Nihilismus und positivistischem Normativismus, von grob sensualistischem Materialismus und abstraktestem Moralismus* steht jetzt so klar und plastisch vor unseren Augen, daß wir diese Tatsache als eine wissenschaftliche, auch für die Rassenseelenkunde entscheidende Erkenntnis unserer Tagung der weiteren rechtswissenschaftlichen Arbeit zugrunde legen können. Damit haben wir als deutsche Rechtswahrer und Rechtslehrer zum erstenmal einen Beitrag zu den bedeutenden Forschungen geliefert, wie sie die Rassenkunde auf anderen Gebieten bereits geleistet hat. In der Gemeinschaftsarbeit dieser beiden Tage sind wir zu einem Anfangsergebnis gekommen, das unsere Ehre als Wissenschaft rettet gegenüber den anderen Leistungen, auf die Dr. Falk Ruttke mit Recht hinwies und die uns in vielem als Vorbild dienen können.

II. Außer diesen wissenschaftlichen Erkenntnissen ist eine Reihe von praktischen Fragen aufgetaucht. Der Reichsrechtsführer, Reichsminister Dr. Frank, hat in seiner Ansprache in aller Klarheit Forderungen aufgestellt, die bis in konkrete Einzelheiten gehen und Aufgaben der Bibliographie, der Bibliothekstechnik und der Zitierung betreffen.

1. Die notwendige Aufgabe der *Bibliographie* ist sehr schwierig; denn es ist selbstverständlich erforderlich, daß wir so exakt wie nur möglich feststellen, wer Jude ist und wer nicht Jude ist. Die kleinsten Irrtümer in dieser

Hinsicht können aufgebauscht werden, Verwirrung anrichten und den Feinden des Nationalsozialismus zu billigen Triumphen verhelfen. Auch können sie sich dadurch schädlich auswirken, daß junge Studenten sich durch kleine Unrichtigkeiten von dem großen Hauptgedanken abbringen lassen, weil sie aus einem falschen Gerechtigkeitsgefühl heraus, das nun auch einmal zu unserer deutschen Art gehört, leicht geneigt sind, eher an diesen kleinen Einzelfall von Ungenauigkeit zu denken, als an die große und gerechte Sache, für die wir kämpfen[1].

2. Erst auf Grund eines exakten Verzeichnisses können wir in bibliothekstechnischer Richtung weiterarbeiten und durch *Säuberung der Bibliotheken* unsere Studenten vor der Verwirrung bewahren, die darin liegt, daß wir sie einerseits auf den notwendigen Kampf gegen den jüdischen Geist hinweisen, andererseits aber eine normale juristische Seminarbibliothek am Ende des Jahres 1936 noch immer so aussieht, als ob der größere Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur von Juden produziert würde. Dann wird auch die ungeheure Suggestion verschwinden, die von der Tatsache ausgeht, daß jüdische Werke heute noch in juristischen Seminaren aufgestellt sind und die Studenten geradezu auffordern, eine Verwertung jüdischen Gedankenguts vorzunehmen. Alle juristischen Schriften jüdischer Autoren gehören, wie Reichsminister Dr. Frank treffend bemerkt hat, bibliothekstechnisch unterschiedslos in eine besondere Abteilung „Judaica".

3. Entscheidend ist ferner das Problem der *Zitate*. Nach einer solchen Tagung ist es gar nicht mehr möglich, einen jüdischen Autor wie einen andern Autor zu zitieren. Geradezu unverantwortlich wäre es, einen jüdischen Autor als Kronzeugen oder gar als eine Art Autorität auf einem Gebiet anzuführen. Ein jüdischer Autor hat für uns keine Autorität, auch keine „rein wissenschaftliche" Autorität. Diese Feststellung ist der Ausgangspunkt für die Behandlung der Zitatenfrage. Ein jüdischer Autor ist für uns, wenn er überhaupt zitiert wird, ein jüdischer Autor. Die Beifügung des Wortes und der Bezeichnung „jüdisch" ist keine Äußerlichkeit, sondern etwas Wesentliches, weil wir ja nicht verhindern können, daß sich der jüdische Autor der deutschen Sprache bedient. Sonst ist die Reinigung unserer Rechtsliteratur nicht möglich. Wer heute „Stahl-Jolson" schreibt, hat dadurch in einer echt wissenschaftlichen klaren Weise mehr bewirkt, als durch große Ausführungen gegen die Juden, die sich in allgemeinen abstrakten Wendungen bewegen und durch die kein einziger Jude sich in concreto betroffen fühlt. Erst wenn wir die Frage der Zitierungen in dieser Weise gelöst haben, haben wir ein nicht mehr von

[1] Auf Veranlassung des Reichsrechtsführers, Reichsleiters Dr. Frank, hat das Amt für Rechtsschrifttum des Reichsrechtsamts der NSDAP. ein Verzeichnis jüdischer Autoren bereits in Angriff genommen. Weitere Mitteilungen über die Art der hier notwendigen Zusammenarbeit werden demnächst ergehen.

Juden infiziertes, sondern ein deutsches rechtswissenschaftliches Schrifttum. Das Problem der Zitate ist also nicht nur ein praktisches, sondern ein ganz grundsätzliches Problem. Man kann den einzelnen Schriftsteller daran erkennen, wie er zitiert. Ich erinnere nur daran, mit welcher dreisten Selbstverständlichkeit die Wiener Schule des Juden Kelsen nur sich selbst gegenseitig zitierte, mit welcher für uns Deutsche unbegreiflichen Grausamkeit und Frechheit andere Meinungen mißachtet wurden. Das Zitierungsproblem ist also keine nebensächliche Angelegenheit. Es gibt heute in der Judenfrage überhaupt keine nebensächlichen Angelegenheiten mehr. Alles hängt aufs engste und innigste zusammen, sobald ein echter Weltanschauungskampf eingesetzt hat.

Die Frage der Zitierungen wird die Klärung vieler Einzelfragen notwendig machen, z. B. der Frage der Zitierung von Halbjuden, von jüdisch Versippten usw. Ich warne von Anfang an davor, solche Grenz- und Zwischenfragen in den Vordergrund zu stellen. Das ist eine beliebte Methode, klarliegenden Entscheidungen zu entgehen. Wir haben Hunderte von Fällen, in denen es außer Zweifel steht, daß es sich um Volljuden handelt. Es ist ein besonders typischer jüdischer Kunstgriff, die Aufmerksamkeit vom Kern der Sache auf Zweifels-, Zwischen- und Grenzfragen abzulenken. Autoren, bei denen es außer Zweifel steht, daß sie Volljuden sind, werden in unserer deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur künftig auch als Juden bezeichnet werden. Wenn es aus einem sachlichen Grunde notwendig ist, jüdische Autoren zu zitieren, dann nur mit dem Zusatz „jüdisch“. Schon von der bloßen Nennung des Wortes „jüdisch“ wird ein heilsamer Exorzismus ausgehen.

4. Die letzte praktische Nutzanwendung betrifft die Frage der wissenschaftlichen Arbeit, insbesondere die Frage der *Dissertationen*. Aus den Vorträgen dieser beiden Tage hat sich eine Menge Stoff für gute Doktorarbeiten ergeben. Ich halte es nicht für notwendig, daß nach wie vor 70 bis 80 Prozent der Hunderte von Dissertationen, die heute in Deutschland entstehen, unverändert in dem alten Stil der BGB.- und StGB.-Dissertationen weitergemacht werden. Auch hier handelt es sich um eine ernste Sache, wenn man bedenkt, wieviel Begabung und unmittelbar geistige Kraft in der deutschen Jugend vorhanden ist, und was es bedeutet, wenn deutsche Rechtslehrer, die für die Erziehung und wissenschaftliche Schulung dieser jungen Deutschen verantwortlich sind, solche vom gegenwärtigen Leben des deutschen Volkes ablenkenden Themen stellen. Hier liegt eine berufsständische Aufgabe allerersten Ranges. Wenn man sich vor Augen hält, was sich allein an Dissertationsthemen rechts- und verfassungsgeschichtlicher Art, auch für die Erforschung jüdischen Geistes in seiner Einwirkung auf das deutsche Geistesleben – in seiner „Schnittfläche“ mit dem deutschen Geist, wie von einem Redner sehr anschaulich gesagt wurde –, aus dieser Tagung ergeben hat, so erscheint es nicht schwer, einen jungen Studenten darauf

aufmerksam zu machen, welchen Einfluß z.B. Lasker, Friedberg oder Johann Jacoby auf die deutsche Rechtsentwicklung gehabt haben, oder ihn zur Untersuchung der Entstehung der Zivilprozeßordnung, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze nach der Seite des jüdischen Einflusses anzuregen oder auch seine Aufmerksamkeit auf das Thema „Judentum und Rechtsstaatsbegriff“ zu lenken. Es fehlt wirklich nicht an neuen Dissertationsthemen, und es wäre nur dümmster Schlendrian, wenn solche neuen Themen nicht aufgegriffen würden.

III. Das Wichtigste aber, was sich in diesen Tagen für uns als Ergebnis herausgestellt hat, ist doch wohl die endgültige Erkenntnis, daß *jüdische Meinungen in ihrem gedanklichen Inhalt nicht mit Meinungen deutscher oder sonstiger nichtjüdischer Autoren auf eine Ebene gestellt werden* können. Mit größter Klarheit ist uns allen bewußt geworden, daß es eine nur scheinbare Schwierigkeit bedeutet, wenn es auch Juden gibt, die staatsbetonte und patriotische Ansichten geäußert haben wie der berühmte Stahl-Jolson. Immer wieder ist in unserer Tagung die Erkenntnis durchgedrungen, daß der Jude für die deutsche Art des Geistes unproduktiv und steril ist. Er hat uns nichts zu sagen, mag er noch so scharfsinnig kombinieren oder sich noch so eifrig assimilieren. Er kann wohl seine enorme Händler- und Vermittlerbegabung spielen lassen, in der Sache schafft er nichts. Es ist ein Zeichen mangelnder Schulung in der Rassenkunde und infolgedessen auch im nationalsozialistischen Denken, das nicht zu sehen und zu glauben, es stecke ein tiefes Problem darin, daß manche Juden nationalistisch, andere internationalistisch reden und schreiben, daß sie bald konservative, bald liberale, bald subjektive, bald aber objektive Theorien vertreten. Auch die viel gerühmte kritische Begabung des Juden ergibt sich nur aus seinem Mißverhältnis zu allem, was wesentlich und arteigen ist. Das ist aber ein völlig anderer Begriff von Kritik, als wenn sich deutsche Rechtslehrer in echter Gemeinschaftsarbeit gegenseitig kritisieren und fördern. Auch ist es nicht richtig, den Juden als besonders logisch, besonders begrifflich, konstruktiv oder rationalistisch zu bezeichnen. Seine „unbekümmerte logische Schärfe“ ist nicht so sehr das, was wir mit Logik meinen, sondern eine gegen uns gerichtete Waffe; sie kommt aus dem Mißverhältnis zur Sache und zum Gegenstand.

1. Die Beziehung des jüdischen Denkens zum deutschen Geist ist folgender Art: Der Jude hat zu unserer geistigen Arbeit eine *parasitäre*, eine *taktische* und eine *händlerische* Beziehung. Durch seine händlerische Begabung hat er oft einen scharfen Sinn für das Echte; mit großer Findigkeit und schneller Witterung weiß er das Echte zu treffen. Das ist sein Instinkt als Parasit und echter Händler. Aber so wenig die Begabung des Juden für Malerei dadurch bewiesen ist, daß jüdische Kunsthändler einen echten Rembrandt schneller entdecken als deutsche Kunsthistoriker, ebensowenig ist es auf rechtswissenschaftlichem Gebiet ein Beweis für die Begabung des Juden, daß

er mit großer Geschwindigkeit gute Autoren und gute Theorien als solche erkannt hat. Die Juden merken schnell, wo deutsche Substanz ist, die sie anzieht. Diese Eigenschaft brauchen wir ihnen nicht als Verdienst anzurechnen, um für uns Hemmungen einzuschalten. Sie ist einfach in der Gesamtlage des Juden, in seiner parasitären, taktischen und händlerischen Beziehung zum deutschen Geistesgut begründet. Auch ein so grauenhafter, unheimlicher Maskenwechsel, wie er der Gesamtexistenz Stahl-Jolsons zugrunde liegt, kann einen dann nicht mehr beirren. Wenn immer wieder betont wird, dieser Mann sei „subjektiv ehrlich" gewesen, so mag das sein, doch muß ich hinzufügen, daß ich nicht in die Seele dieses Juden schauen kann und daß wir überhaupt zu dem innersten Wesen der Juden keinen Zugang haben. Wir kennen nur ihr Mißverhältnis zu unserer Art. Wer diese Wahrheit einmal begriffen hat, weiß auch, was Rasse ist.

2. Es ist ferner notwendig zu erkennen, wie sehr sich die Juden in *verschiedenen Stadien der Geschichte verschieden* verhalten haben. *Heinrich Lange* hat in seinen hervorragenden Aufsätzen nachdrücklich darauf hingewiesen[2]. Die besonders bezeichnenden Wendepunkte jüdischen Verhaltens sind für das letzte Jahrhundert die Jahre 1815, 1830, 1848, 1871, 1890 – Bismarcks Entlassung, Beginn der Wilhelminischen Ära –, 1918, 1933. Es ist daher nicht zulässig, einen Fall jüdischen Auftretens aus dem Jahre 1830 mit einem Fall von 1930 in eine Ebene zu setzen. Auch hier wieder erscheint der Jude Stahl-Jolson, der heute noch seine Wirkung auf die konfessionell-kirchliche Opposition gegen den nationalsozialistischen Staat ausübt. Es ist ganz falsch, ihn als einen vorbildlichen, konservativen Juden hinzustellen gegenüber anderen, späteren Juden, die das leider nicht mehr gewesen seien. Darin liegt eine gefährliche Verkennung der wesentlichen Einsicht, daß mit jedem Wechsel der Gesamtsituation, mit jedem neuen Geschichtsabschnitt, so schnell, daß wir es nur bei größter Aufmerksamkeit erfassen, auch eine Änderung des jüdischen Gesamtverhaltens, ein *Maskenwechsel* von dämonischer Hintergründigkeit eintritt, demgegenüber die Frage nach der subjektiven Gutgläubigkeit des einzelnen beteiligten jüdischen Individuums ganz uninteressant ist. Die große Anpassungsfähigkeit des Juden ist eben durch seine mehrtausendjährige Geschichte auf Grund bestimmter Rassenanlagen ins Ungeheure gesteigert und die Virtuosität der Mimikry durch lange Übung noch gefördert. Wir können sie in ihren Folgen erkennen, aber wir können sie nicht begreifen. Doch dürfen wir nicht aus dem Auge verlieren, daß es diese Virtuosität des Juden gibt.

3. Ich wiederhole immer wieder die dringende Bitte, jeden Satz in Adolf Hitlers „Mein Kampf" über die Judenfrage, besonders seine Ausführungen über „jüdische Dialektik" zu lesen. Was auf unserer Tagung von Fachleuten

---

[2] Vgl. Deutsche Juristen-Zeitung 1935, 406; 1936, 1129.

in vielen wissenschaftlich hervorragenden Referaten vorgetragen worden ist, wird dort einfach, jedem Volksgenossen verständlich und völlig erschöpfend gesagt. Weisen Sie auch unsere Studenten der Rechtswissenschaft immer wieder auf diese Sätze des Führers hin.

Vergessen wir über dem Judenproblem aber auch nicht die *deutsche* Seite dieser Frage. In unmittelbarer Nutzanwendung dessen, was Dr. Falk Ruttke ausführte, kann man z. B. sagen, daß der Fall Karl Marx und die Wirkung, die von ihm ausging, für uns eigentlich ein Fall Friedrich Engels oder Bruno Bauer oder Ludwig Feuerbach oder vielleicht auch Hegel ist. Hier liegt ein tragisches Problem begründet. Wie war es möglich, daß ein Deutscher aus dem Wuppertal wie Engels dem Juden Marx so völlig verfiel? Wie konnten Tausende von anständigen und braven Volksgenossen lange Jahrzehnte hindurch dem jüdischen Geist in solcher Weise erliegen? Woher die Anfälligkeit vieler deutschblütiger Männer und woher in jenem geschichtlichen Augenblick die Schwäche und Verfinsterung deutscher Art, die Widerstandslosigkeit gegen das Judentum? Die Prüfung auch dieser Fragen gehört zu unserer wissenschaftlichen Selbstbesinnung und zur Rüstung für den neuen Kampfabschnitt.

Das haben wir durch diese Arbeitstagung mit größter wissenschaftlicher Klarheit erkannt. Gegenüber der Verblendung und Ahnungslosigkeit früherer Zeiten handelt es sich hier um eine umwälzende Erkenntnis. Mit ihr gerüstet können wir in den Kampf eintreten, dessen neuer Abschnitt begonnen hat. Täuschen wir uns nicht über die Schwere dieses Kampfes. Die Reden des Nürnberger Parteitages lassen darüber keinen Zweifel. Das Judentum ist, wie der Führer in seinem Buch „Mein Kampf“ sagt, nicht nur allem feind, was dem Juden feind ist, sondern der Todfeind jeder echten Produktivität bei jedem anderen Volk. Seine Weltmacht duldet keine völkische Produktivität, sonst wäre seine eigene Art von Existenz widerlegt. Das jüdische Interesse an der echten Produktivität des anderen Volkes, die Geschwindigkeit, mit der sich der jüdische Kunst- oder Geisthändler auf den deutschen Künstler, Dichter oder Gelehrten stürzt, um ihn durch eine Rente für sich einzuspannen, sind keine Verdienste und keine Qualitäten, die uns vom Wesentlichen ablenken dürfen. Uns beschäftigt der Jude nicht seiner selbst wegen. Was wir suchen und worum wir kämpfen, ist unsere unverfälschte eigene Art, die unversehrte Reinheit unseres deutschen Volkes. „Indem ich mich des Juden erwehre“, sagt unser Führer Adolf Hitler, „kämpfe ich für das Werk des Herrn.“

59. Schlußwort des Herausgebers der Deutschen Juristen-Zeitung

Deutsche Juristen-Zeitung, 41. Jg., H. 24, 15. Dezember 1936, Sp. 1453–1456

Am 1. Juni 1934 wurde mir durch eine Anordnung des Reichsrechtsführers Dr. *Hans Frank* in meiner Eigenschaft als Reichsfachgruppenleiter der Hochschullehrer des BNSDJ. die Herausgeberschaft der „Deutschen Juristen-Zeitung" übertragen. Damit begann für die „Deutsche Juristen-Zeitung" der letzte Abschnitt ihrer Geschichte. Die zweieinhalb Jahre dieses Zeitabschnitts sind erfüllt von dem Bemühen, unter klarer Durchführung nationalsozialistischer Grundsätze und Richtlinien einen bedeutenden Teil der deutschen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft zur Mitarbeit an den neuen Aufgaben der Rechtsentwicklung heranzuziehen. Dadurch sollte für ein wichtiges Gebiet des deutschen Geisteslebens, einem Wort des Führers gemäß, aus der großen Überlieferung deutschen Geistes erhalten und weiterentwickelt werden, was erhaltenswert ist und weiterentwickelt zu werden verdient. In zahlreichen Erklärungen und Reden des Reichsrechtsführers, sowie in dem ersten Aufsatz des neuen Abschnitts „Der Weg des deutschen Juristen" ist die Linie der fachwissenschaftlichen und weltanschaulichen Arbeit der „Deutschen Juristen-Zeitung" vorgezeichnet, an die wir uns gehalten haben.

Auf dieser Grundlage und unter solchen Gesichtspunkten hat die „Deutsche Juristen-Zeitung" ihr Werk getan. Zahlreiche Aufsätze sind sowohl als zusammenfassende Darlegungen der positiven Gesetzeslage und Rechtspraxis, wie auch als Vorarbeit für die Lösung gesetzespolitischer Aufgaben von Bedeutung geworden. Eine Reihe wichtiger Gedanken und Vorschläge, die sich in der gesetzespolitischen Arbeit ausgewirkt haben, ist zum ersten Male in unserer „Deutschen Juristen-Zeitung" veröffentlicht worden.

In dem großen weltanschaulichen Kampf um die Durchsetzung nationalsozialistischen Gedankengutes sind wir nicht zurückgeblieben. Die geschichtliche Lage der heutigen Rechtswissenschaft, die Studien- und Ausbildungsreform, die Trennung des deutschen Geistes vom jüdischen Einfluß, alle diese Probleme sind oft behandelt worden. Die außenpolitische Wirkung dieser, wie zahlreicher verfassungs- und völkerrechtlicher Aufsätze war so bedeutend, daß wir sie mit besonderem Stolz erwähnen können. Ich gedenke in diesem Zusammenhang namentlich der verfassungsrechtlichen Abhandlungen von Reichsminister Dr. *Frick* und Ministerialdirektor *Sommer*, die den

Rang von authentischen Interpretationen besitzen, und der völkerrechtlichen Aufsätze zu den entscheidenden Problemen unserer Außenpolitik. Aber auch die verschiedenen wissenschaftlichen Arbeiten über einzelne Fragen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts mögen nicht unerwähnt bleiben. Der Aufsatz „Der Führer schützt das Recht", der die große Reichstagsrede des Führers vom 13. Juli 1934 behandelte, ebenso der Aufsatz über die Verfassung der Freiheit vom 1. Oktober 1935 hat weithin gewirkt. Wenn gerade wegen dieser Aufsätze der deutschfeindliche Teil der Auslandspresse und jüdische Emigranten noch lauter als sonst lärmten, so war für uns damit nur bewiesen, daß wir einen entscheidenden Punkt getroffen und ein richtiges Wort gefunden haben.

Das zentrale Problem des neuen Gesetzgebungsstils, Kodifikation oder Novelle, wurde grundsätzlich und in Einzelanwendungen mit systematischer Planmäßigkeit im Auge behalten. Die Fragen der Rechtsreform haben vor allem im Mittelpunkt unserer Aufmerksamkeit gestanden. In eindrucksvollen Aufsätzen hat Staatssekretär Dr. *Freisler* den Wandel des Verrats- und Verbrechensbegriffes geschildert und Grundsätze des neuen Strafprozeßrecht entwickelt. Das Wesen der Strafe, der rechtspolitische Gehalt des Strafanspruchs, die Zusammenhänge zwischen Staatsverfassung und Strafverfahren und andere Kernprobleme der Strafrechtserneuerung wurden in vielen Beiträgen erörtert. Die Entwicklung auf den Gebieten des Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrechts fand fortlaufend die ihr gebührende Beachtung. Die großen Veränderungen im sog. Privatrecht und im Zivilprozessrecht wurden von ersten Sachkennern aufgezeigt und in ihren Auswirkungen dargestellt. Ich erinnere nur an die Auseinandersetzungen über das Schuldrecht, das Familien- und Erbrecht, an die vielbeachteten Abhandlungen über den Wandel des Eigentumsbegriffes und über die Verschiebungen im Gefüge des Vereins- und Gesellschafts-, wie auch des öffentlichen Körperschaftsrechts. Ich erinnere weiter an die Diskussionen der Grundsätze des neuen Verfahrensrechts – Wahrheitspflicht, Unmittelbarkeit, Beschleunigung usw. –, die in der Öffentlichkeit ganz besonders beachtet worden sind. Das gleiche gilt von den Beiträgen zum Erfinder- und Urheberrecht, vornehmlich zur Frage nach dem Urheber des künstlerischen Filmwerks. Daneben wurde auch den praktischen Bedürfnissen des täglichen Rechtslebens durch zahlreiche Aufsätze, Urteilsveröffentlichungen und -Zusammenstellungen Rechnung getragen.

Mit dem Jahre 1936 ist diese Arbeit der „Deutschen Juristen-Zeitung" an ihrem Ende angelangt. Die Arbeit geht in neuen Formen weiter. Der Abschied auf unsere positivrechtliche, gesetzespolitische und weltanschauliche Arbeit soll daher weder ein Abschied noch eine Apologie noch Ähnliches sein. Er soll nur den Dank bezeugen, den wir den Mitherausgebern und Mitarbeitern der Zeitschrift, allen Förderern und Lesern im In- und Ausland schuldig sind. Es soll ferner den Dank für die Anerkennung zum Ausdruck bringen, die wir

gefunden haben. Wir sind glücklich, daß die „Deutsche Juristen-Zeitung“ in den ereignisreichen Jahren der deutschen Geschichte von 1934–1936 unserer fachwissenschaftlichen Arbeit zur Verfügung stand und uns als deutschen Rechtswahrern Gelegenheit gab, mit den besten Methoden der besten juristischen Bildung an der deutschen Rechtsentwicklung und Rechtserneuerung und damit auch an dem großen Gesamtwerk unseres Führers mitzuarbeiten.

60. Grußbotschaft an die Hobbes-Gesellschaft in Kiel, 5. April 1938

Cay von Brockdorff, Zum Gedächtnis des 350. Geburtstages von Hobbes, Lipsius & Tischer, Kiel 1938, S. 15

Thomas Hobbes von Malmesbury zum 5. April 1938.

Erst jetzt im vierten Jahrhundert seiner Wirkung, tritt das Bild dieses großen politischen Denkers in reinen Linien zu Tage und wird der echte Klang seiner Stimme vernehmbar. Für sein eigenes Jahrhundert hat er selbst voll Bitterkeit von sich gesagt: „Doceo, sed frustra". Im folgenden Jahrhundert war er der ungenannt bleibende Inaugurator des staatspolitischen Denkens. Dann wurden seine Begriffe herrschend, aber das Bild seines „Leviathan" blieb ein Schreckmythos, und seine lebendigsten Prägungen sanken zu Redensarten herab. Heute dagegen begreifen wir die unverminderte Kraft seiner Polemik, verstehen wir die innere Geradheit seines Gedankens und lieben wir den unbeirrten Geist, der die existenzielle Angst des Menschen furchtlos zu Ende dachte und als ein wahrer πρόμαχος die trüben Evasionen aller „indirekten Gewalten" zerstörte. So ist er für uns der echte Denker einer politischen Wirklichkeit; einsam, wie jeder Wegbereiter; ungelohnt, wie jeder, der ein Tor öffnet, durch das andere weiter marschieren; und doch in der unsterblichen Gemeinschaft der großen Wissenden der Zeiten – a sole retriever of an ancient prudence. Über die Jahrhunderte hinweg rufen wir ihm zu: Non jam frustra doces, Thomas Hobbes!

61. “Grossraum” and “Realm”*

New Terms for International Law

The XXth Century, Vol. 1 (1941), p. 114–119

The Monroe Doctrine

In the modern history of international law the American Monroe Doctrine is the first and so far most successful example of the *Grossraum* principle in international law. It is therefore a singularly important precedent. From it we must proceed when discussing the international legal aspect of the *Grossraum*.

---

* The following article dealing with new developments in international law is not easy reading. Dr. Schmitt, since he is a German professor, writes in a rather difficult style; moreover, where common language is not yet adapted to modern developments, he has coined a number of new terms. After all, there are some ideas which cannot be expressed in words of one syllable. Great revolutions, such as the one through which mankind is now passing, create new conditions and bring into the limelight old ones hitherto not clearly recognized. Since most of the recent revolutionary forces have come from either Russia or Germany, these languages have contributed more than any others towards the new political vocabulary of the world. “Lebensraum” is one such addition. The idea of “Lebensraum” is as old as history: Rome fought Carthage, American settlers the Indians – for “Lebensraum”. But what was a political reality from time immemorial has not become a political term until now.

In the following pages Dr. Schmitt offers two new political terms: “Grossraum” and “realm”. We believe that he deals here with problems of interest to those who, in the midst of this war, are giving serious thought to the organization of future peace. Of course the author must expect opposition from the adherents of the traditional school of international law; nevertheless we think that even they will find stimulation in his reasoning.

“Grossraum” literally means “great space.” Dr. Schmitt uses the term to indicate large political areas under the leading influence of one particular nation. His term for these nations is “realm” (Reich). For example, the Americans are in his terminology a “Grossraum”, and the United States is the “realm” within this “Grossraum”.

Dr. Schmitt has during the last twenty-five years been a professor at the Universities of Strassburg, Greifswald, Bonn, Cologne, and Berlin. He has published a great many important books and articles on acute problems of international and German law, in which fields he is considered one of the leading and most original minds in Germany. K[laus]. M[ehnert].

There can be no question of taking the Monroe Doctrine as it is and simply transferring it to other countries and times. Our task is rather to make clear to what extent it is an internationally useful legal concept. We do not intend to increase the voluminous literature on the Monroe Doctrine by a further treatise but rather to show the essence of the Doctrine in all its simple greatness. We shall therefore discuss neither the question whether the Monroe Doctrine is a “legal principle” or only a “political maxim” of the United States Government, nor whether it has a “quasi-legal” or “semi-legal” character. We will limit ourselves to three simple and incontestable facts:

1. Probably all important textbooks and encyclopedias of international law deal with the Monroe Doctrine, irrespective of whether they affirm or deny its “legal” aspect. It appears in every important system of international law.

2. In practical negotiations of international agreements the United States have, since the first peace conference at the Hague (1899), prevailed with great success, especially against British opposition, in always having the proviso of the Monroe Doctrine expressly or tacitly recognized.

3. The statutes of the League of Nations in Geneva in Article 21 recognize the precedence of the proviso of the Monroe Doctrine over its own rules.

Changing interpretation

A difficulty is to be found in the inconstancy of the Doctrine’s meaning. Originally a principle directed against intervention of European powers in the American hemisphere, it later became the justification for the intervention of the United States in other American states and most recently in European and Asiatic affairs. In this way the Monroe Doctrine has been invoked for a policy of strict isolation and neutrality for the USA as well as for a policy of intervention reaching across the Atlantic and Pacific Oceans. In 1923 Secretary of State Hughes gave a very significant reply to the question regarding the real content of the Monroe Doctrine, when he declared that its purport could be defined, interpreted, and sanctioned solely by the Government of the United States of America.

It is decisive for us that the original Monroe Doctrine of 1823 is the first declaration in the history of modern international law referring to a political sphere of interest and setting up for this sphere the principal of non-intervention by outside powers. It refers specifically to the “Western Hemisphere” of the world.

The true and original Monroe Doctrine was directed against the monarchic-dynastic principle of legitimacy. This latter gave the sanctity of law to the then existing *status quo* in the distribution of power and frontiers. It made absolute and legitimate monarchy the standard of international legal order. On this basis it justified at that time the intervention of European powers in Spain and Italy and should logically also have led to intervention against the revolutionary rise of independent states in Latin America. The nations of the Americas, however, since they no longer felt themselves to be subjects of European powers and refused to remain the field of foreign colonization, did not permit any intervention on the part of Europe. In a political *Grossraum* that had become conscious of itself Europe was not to interfere by insisting on old titles of ownership and on the *status quo.*

Here we have the essence of the original Monroe Doctrine, a true *Grossraum* principle. Three factors have come together: a politically awakened population, a political idea, and a political area governed by this idea and excluding foreign intervention. To repeat, it is not the Monroe Doctrine as such but rather its essence, the idea of creating an international law of the *Grossraum,* which can be transferred to other geographical spheres, other historical situations, and other political groupings. Its applicability to Central and Eastern Europe is not affected by the fact that since 1823 conditions in Europe as well as America have changed considerably, and that, with regard to the character of the basic political ideas, the fronts have actually been reversed. The western Democracies are now in the position of the former European monarchies of the Holy Alliance. The monarchic-dynastic principle has now become a liberal-democratic and capitalistic principle of legitimacy.

The "life lines" doctrine

Next we turn to a doctrine which is frequently mentioned in the same breath with the Monroe Doctrine, the doctrine of the "Safety of the British Life Lines." It is the antitype of the original Monroe Doctrine. The latter had in view a coherent geographical entity: the Americas. The British Empire, on the other hand, is not a continent, but a political combination of possessions scattered over every continent – Europe, America, Asia, Africa, and Australia. The original Monroe Doctrine was intended to exclude the intervention of European powers in the Americas in order to defend a new political idea against the powers upholding the legitimacy of the *status quo.* The principle of the "Safety of the British Life Lines," however, from the viewpoint of international law, is nothing but an attempt to use the idea of the legitimacy of the *status quo* for the preservation of existing possessions.

In order to have a case, an empire scattered over the face of the earth must prove its continuation as such to be in the interest of humanity. For the lawyer of such an empire, particularly the specialist in international law, it is therefore more natural to think in terms of communication lines rather than geographical areas. Characteristic of this peculiarity in the British way of thinking is the pronouncement of an eminent British expert, Sir William Hayter, who openly said that the British Government could permit revolutions in Greece and Bulgaria; but that in Egypt there must be peace and order, so that the great lines of communication of the Empire, especially the route to India, might not be disturbed.

The vital interest of sea lanes, air lines, pipe lines, etc., from the viewpoint of the scattered British Empire cannot be denied. But while the problems of the American Monroe Doctrine have been treated in innumerable publications, there are hardly any works of international jurisprudence devoted to the great problem of the “Safety of the British Life Lines.” Only here and there can one find statements, often in the form of legal reservations, expressing this Doctrine. Take, for instance, the decisive passage in the note addressed to the American Ambassador in London on May 19, 1928, by the British Secretary for Foreign Affairs, which contains the British reservations to the Kellogg Pact. Here it is clearly stated that there are areas in the world, the welfare and integrity of which are of special and vital interest to the peace and security of Great Britain. Any intervention in these areas could not be tolerated by the British Government, which could only sign the Kellogg Pact if this were clearly understood.

An interesting conflict arose when the Monroe Doctrine of America and the Life Line Doctrine of Great Britain clashed in the case of the Panama Canal. Here the opposing interests of the two worlds became apparent. The struggle ended with a complete victory for the United States and the Monroe Doctrine, which, as a concrete *Grossraum* principle, proved superior to England’s universal claim.

Freedom of the seas

England never abandoned her struggle. For instance she has always insisted on the freedom of the seas. “Freedom” in every case of political importance meant to her the understandable, specifically British imperial interest in the world’s great lines of communication. Hence “freedom of the seas,” according to a formulation by Wheaton-Dana, famous through its citation in the Miramichi case (British prize court decision of November 23, 1914), means: “the sea is *res omnium,* the common field of war as well as of commerce.” As long as England rules the seas, the freedom of the seas

is limited by and coincides with the interests of British naval warfare, which claims the right of the belligerent power to control the trade of neutrals. "Freedom of the Dardanelles" means unrestrained use of these straits for British warships in order to be able to attack Russia in the Black Sea, and so on. Behind these terms implying freedom for all mankind one can always perceive the peculiar connection that drives the interests of a geographically non-coherent empire toward legal formulations of a universal and generalizing nature. This cannot simply be explained as cant, or deceit, or by similar expressions. It is an example of the inevitable co-ordination of certain ways of thinking in international law with a certain kind of political existence.

The realm, a new legal concept

On the basis of our discussion of the Monroe and Life Line Doctrines we now introduce the conception of a "realm" as a specific term of international law. Realms in this sense are those leading powers whose political ideas radiate into a definite, large, geographical sphere, which on principle exclude the intervention of outside powers in this sphere, and which raise themselves above the state borders as well as above the population frontier of a single people. A sphere is not identical with the realm, nor is a realm simply an enlarged state; nor is every state or every people within the sphere a part of the realm. No one, for example, in acknowledging the Monroe Doctrine, would declare Brazil or the Argentine to be a part of the United States of America.

The introduction of this term of international law is a necessity. The future of international law depends on properly recognizing the actual determining forces in the relations between nations and on making them the startingpoint for discussion and formulation. Such forces are no longer "states," as in the eighteenth and nineteenth centuries, but "realms." The important point is to set up in place of what used to be the main conception of international law – namely the state – a higher, more realistic, and more modern conception, which would be useful in international law.

The state, obsolete basis of international law

Present international law, developed in the eighteenth and nineteenth centuries and carried over into the twentieth century, is nothing but a law of states. In spite of certain modifications it recognizes only states as subjects of international law. In its eyes, realms do not exist. Nevertheless, through the ages leading powers were a political and historical reality; there was,

for example, a “Concert of the European Powers” and, in the system of Versailles we had the “Allied Powers.” Legal terminology clung to the general term “state” and to the legal equality of all independent and sovereign states. In its theories international jurisprudence ignored the differences in rank between the various states.

The frank recognition of these differences was also avoided by the League of Nations, although in Geneva the false character of the slogan of equality in international law was particularly obvious in view of the patent hegemony of England and France. Traditional international law is based on the presumption that all members of the international legal community are “states” with certain concrete and definite characteristics.

Balance of power as guarantee

International law as it has been until now saw its real guarantee, not in an intrinsic idea of justice nor in an international consciousness of what is right (they both proved to be nonexistent during the Great War and in Versailles), but – again in full harmony with the interests of the British Empire – in a balance of power among the states. The fundamental idea is that the power of the many large and small states is maintained in perpetual balance, and that whichever state becomes too powerful and hence dangerous to international law will be automatically confronted by a coalition of the weaker states.

This fluctuating, constantly moving, and therefore extremely unsteady balance can at times really offer a guarantee, that is to say when there is a sufficient number of strong neutral powers. The neutrals become in this way not only the impartial witnesses in a war between other powers, but also the true guarantors and preservers of international law. In such a system of international law there is exactly as much real law as there is real neutrality. It is no accident that the League of Nations has its seat in Geneva, and it is for as good a reason that the Permanent International Court is at the Hague. But neither Switzerland nor the Netherlands are strong neutrals who could in an emergency defend international law alone and unaided. If there are, as in the last year of the Great War, no more strong neutrals, there is in practice no more international law.

A weak Central Europe the prerequisite

Traditional international law is based furthermore on the unspoken but – during the past centuries – essentially correct presumption that this balance of power shifted around a weak Central Europe. It could really only func-

tion if a number of medium-sized and small states could be played against each other here. Clausewitz, the soldier and thinker, has hit the nail on the head when he said that the numerous German and Italian states of the eighteenth and nineteenth centuries were used as the small and medium weights to be thrown, now on this, now on that side of the scales to maintain a balance between the great powers. A strong political power in Central Europe was bound to destroy this kind of international law. The jurists of such a law could therefore maintain and in many cases genuinely believe that the Great War of 1914–18, directed against a strong Germany, was a war of international law itself, and that the apparent destruction of the political power of Germany in 1918 was "a victory of international law over brute force." It is necessary, not only for political-historical but also for jurisprudential discussion and research to remember these circumstances in order properly to comprehend the present turning-point. For today, in the face of a new, strong Germany, this host of international conceptions directed against a powerful Germany is being mobilized again in full force by the western Democracies and all the countries influenced by them.

Grossraum and realm

Not all nations are able to pass the test of creating a good modern state machinery, and very few are equal to a modern war on the strength of their own industrial and technical power of production. In order to qualify today for a first-rank position in international law a nation must have a huge measure not only of "natural" or innate attributes, but also of conscious discipline. It must have a heightened ability of organization, and the faculty to create alone and unaided the complicated machinery of a modern community and to hold it firmly together. Traditional international law has entirely overlooked this fact. The task of modern international jurisprudence is to formulate the conception of a concrete order of *Grossraum* which does justice to the large spaces of our present world as well as to our new conception of state and people. This can only be the conception of the realm.

Four different kinds of possible legal relations would result here: first, between the different *Grossraum* as such, since these are, of course, not meant to be hermetically sealed blocs, but rather to enjoy economic and other exchanges – in this sense, a "world-trade"; secondly, between the leading realms; thirdly, between the people within each *Grossraum*; and finally – on condition of non-intervention of outside powers – between the peoples belonging to different *Grossraum*.

The limitations of the former conception of international law are manifested by the fact that it focused its attention entirely on the territory of a

state. The more far-reaching problems of political reality such as *Grossraum*, claims of intervention, prevention of intervention of outside powers, zones on the high seas (zones of administration, danger zones, blockades, stoppages of marine traffic convoys), problems of the colonies (which are, after all, state territories in a quite different sense and with a quite different constitution from the motherland), protectorates, dependencies – all this fell a victim to the practice of indiscriminate “either/or” and to the simple classification of all territories as “state territory” or “not state territory,” in which latter case it had no legal standing. Borders are identified with border lines. The possibility of real (not only inter-state) borders and border zones is excluded from the thinking of jurists who see only states, and who fail to recognize that there are in reality many hybrid structures, neither purely intra-state nor purely extra-state. Even neutral buffer states, whose significance is that of an intermediate zone and which owe their existence to agreements between realms, are treated as sovereign states and on the same level with these realms.

Fixed borders and zone of expansion

The old system of international law, recognized in Europe under the leadership of England and France, was based on the differentiation between an orderly European sphere of states and a non-European sphere, free for European expansion. The non-European sphere was without a master. It was semi- or uncivilized territory; waiting for colonization, subject to seizure by European powers, which indeed became realms through the possession of such oversea colonies. All realms of this international system had huge territories for expansion at their disposal: Portugal, Spain, England, France, and Holland in their oversea colonies; the Habsburg monarchy in the Balkan possessions of the Ottoman empire (which did no belong to the society of international law); and the Russian realm in Ottoman possessions as well as in Siberia and Eastern and Central Asia. Prussia was the only power which was merely a state, and which, if it expanded in territory, could only do so at the expense of its neighbors belonging to the European society of international law. Hence it was a simple matter to give Prussia the reputation of being a disturber of the peace and a brutal aggressor, although its territory was small and very modest in comparison to that of the realms.

New conceptions in a changing world

While the European states were still expanding into colonies, the emancipation of those colonies was beginning. In the same measure in which the oversea colonies detached themselves from European leadership, the state

system of Europe, which was mainly built up on oversea expansion, began to change. The War of Independence of the United States and the Monroe Doctrine not only freed a huge part of the world from the apron-strings of Europe; they also created the first modern *Grossraum* banning outside intervention. In 1905 the second non-European realm appeared, Japan.

The development of the world in recent times seems to point strongly to the formation of further such spheres. It is the duty of the international jurist to recognize and to point out that the world has entered a new phase of international relations. He must, as we have attempted here, analyse this phase and bring order into its conceptions. He must see to it that theory does not lag too far behind reality. The enumeration of future realms and *Grossraum* and their borders, however, is not his task. This he can leave to the statesman and the prophet.

62. Vorwort zur spanischen Ausgabe von „Politische Theologie“ und „Der Begriff des Politischen“*

Carl Schmitt, Estudios políticos, Verlag Cultura española, Madrid 1941
[ohne Pagina]

Dort, wo die „Unterscheidung der Geister“ beginnt, findet sich der äußerste Punkt der Unterscheidung von Freund und Feind.

Alle Völker Europas stehen heute in einem erbitterten geistigen Kampf von universaler Tragweite; hierbei sind vielleicht taktische Stellungswechsel möglich, jedoch keine geistige Neutralität. Wer neutral bleiben will, schließt sich selbst aus. Das spanische Volk, das zu allen Höhepunkten der Weltgeschichte seine Kühnheit bewiesen hat, sich, was den Geist betrifft, zu entscheiden, kann weniger als jedes andere Volk auf die Entscheidung verzichten. Anderen Völkern, betrachten sie diese spanische Energie zur Entscheidung, kommt es zu, an diesem Vorbild ihre Stärke zu messen.

Die Tatsache, daß man meine Publikation, die mein Beitrag zu solch großartigem Kampf ist, in spanischer Sprache zum Druck gibt, besitzt für mich eine unendlich größere Bedeutung als nur eine rein literarische. Sie ist der Anruf von einer Front, und sie entschädigt für viele Anstrengungen und viele Bitternis; ihr elementarer Wert liegt möglicherweise darin, daß meine Arbeit Früchte tragen könnte in einem Volke, dessen Geist und dessen Musterhaftigkeit mir mehr gegeben haben, als ich jemals zurückerstatten kann.

Wer die Härte des gegenwärtigen universalen Kampfes kennt, weiß, daß nicht die taktischen Verbündeten zählen, sondern die wirklichen Freunde. Deshalb bereitet es mir übergroße Freude, daß die spanische Übersetzung das Werk von Francisco Javier Conde ist, dessen Geist und dessen Seele kennenzulernen und zu bewundern ich in schicksalhaften Jahren und in zahlreichen und intensiven Gesprächen Gelegenheit hatte.

Berlin, März 1939

---

* Übersetzung der spanischen Vorrede „Prólogo del autor a la edición española“ von *Günter Maschke*.

63. Raumrevolution

Vom Geist des Abendlandes

Deutsche Kolonialzeitung, 54. Jg. (1942), S. 219–221

Das Raumbewußtsein

Was ist das, eine Raumrevolution?

Der Mensch hat von seinem „Raum“ ein bestimmtes Bewußtsein, das großen geschichtlichen Wandlungen unterworfen ist. Den mannigfachen Lebensformen entsprechen ebenso verschiedenartige Räume. Selbst innerhalb der gleichen Zeit ist für die Praxis des täglichen Lebens die Umwelt der einzelnen Menschen schon durch ihren verschiedenen Lebensberuf verschieden bestimmt. Ein Großstädter denkt sich die Welt anders als ein Bauer; ein Walfischjäger hat einen anderen Lebensraum als ein Opernsänger, und einem Flieger erscheinen Welt und Leben wiederum nicht nur in anderem Lichte, sondern auch in anderen Maßen, Tiefen und Horizonten. Noch tiefer und größer sind die Verschiedenheiten der Raumvorstellungen, wenn es sich um verschiedene Völker im ganzen und um verschiedene Zeitalter der Menschengeschichte handelt.

Die wissenschaftlichen Lehren vom Raum können hier praktisch sehr viel und sehr wenig bedeuten. Jahrhunderte hindurch sind die wenigen Gelehrten, die damals schon die Erde als eine Kugel ansahen, für Geisteskranke und Schädlinge gehalten worden. In der Neuzeit haben die verschiedenen Wissenschaften mit wachsender Spezialisierung auch ihre gesonderten Raumbegriffe herausgearbeitet. Geometrie, Physik, Psychologie und Biologie gehen hier weit voneinander entfernte, eigene Wege. Fragst du die Gelehrten, so werden sie dir antworten, daß der mathematische Raum etwas ganz anderes ist als der des elektro-magnetischen Kraftfeldes und dieser wieder völlig verschieden vom Raum im psychologischen und im biologischen Sinne. Das gibt ein halbes Dutzend Raumbegriffe. Hier fehlt es an jeder Einheit und droht die Gefahr, daß das große Problem durch ein beziehungsloses Nebeneinander der verschiedenen Begriffe zerfasert und zerredet wird. Auch Philosophie und Erkenntnistheorie des 19. Jahrhunderts geben uns keine zusammenfassende, einfache Antwort und lassen uns praktisch im Stich …

Jedesmal wenn durch einen neuen Vorstoß geschichtlicher Kräfte, durch eine Entfesselung neuer Energien neue Länder und Meere in den Gesichtskreis des menschlichen Gesamtbewußtseins eintreten, ändern sich auch die Räume geschichtlicher Existenz. Dann entstehen neue Maßstäbe und Dimensionen der politisch-geschichtlichen Aktivität, neue Wissenschaften, neue Ordnungen, neues Leben neuer oder wiedergeborener Völker. Die Erweiterung kann so tief und überraschend sein, daß sich nicht nur die Maße und Maßstäbe, nicht nur der äußere Horizont der Menschen, sondern auch die Struktur des Raumbegriffes selbst ändert. Dann kann man von einer Raumrevolution sprechen. Aber schon mit jeder großen geschichtlichen Veränderung ist meistens ein Wandel des Raumbildes verbunden. Das ist der eigentliche Kern des umfassenden politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Wandels, der sich dann vollzieht.

An drei geschichtlichen Beispielen können wir uns diese allgemeine Tatsache schnell klarmachen: an den Auswirkungen der Eroberungen Alexanders des Großen, am Römischen Reich im ersten Jahrhundert unserer Zeitrechnung und an den Auswirkungen der Kreuzzüge auf die Entwicklung Europas.

In den Eroberungszügen Alexanders des Großen eröffnete sich den Griechen ein mächtiger, neuer Raumhorizont. Die Kultur und Kunst des Hellenismus ist seine Folge. Aristoteles, der große Philosoph, ein Zeitgenosse dieses Raumwandels, sah bereits, daß die von Menschen bewohnte Welt sich vom Osten und vom Westen her immer mehr aneinanderschließt. Aristarch von Samos, der wenige Zeit später lebte (310–230), vermutete schon, daß die Sonne ein Fixstern sei und im Mittelpunkt der Erdbahn stehe … Eratosthenes (275–195) hat schon den Äquator richtig berechnet und die Kugelgestalt der Erde wissenschaftlich bewiesen. So war die Lehre des Kopernikus vorweggenommen. Doch war die hellenistische Welt für eine planetarische Raumrevolution noch nicht umfassend genug. Ihr Wissen blieb Gelehrtensache, weil sie noch keinen Weltozean in ihre existenzielle Wirklichkeit einbezogen hatte.

Als Cäsar dreihundert Jahre später von Rom aus Gallien und England eroberte, öffnete sich der Blick nach Nordwesten und war der Atlantische Ozean erreicht. Das war der erste Schritt zu der heutigen Raumvorstellung „Europa". Im ersten Jahrhundert der römischen Kaiserzeit, am stärksten wohl zur Zeit Neros, wurde dann das Bewußtsein eines tiefgreifenden Wandels so mächtig und ausgreifend, daß man, wenigstens bei den führenden Geistern, schon fast von raumrevolutionären Veränderungen sprechen kann. Dieser geschichtliche Augenblick fällt mit dem ersten Jahrhundert unserer Zeitrechnung zusammen und verdient daher besondere Beachtung. Das Blickfeld hatte sich nach Osten und Westen, nach Norden und Süden erweitert. Eroberungs- und Bürgerkriege hatten den Raum von Spanien bis Persien, von

England bis Ägypten umgewühlt. Weit entfernte Gegenden und Völker kamen miteinander in Berührung und empfanden die Einheit eines gemeinsamen Schicksals. Aus allen Teilen des Reiches, aus Germanien wie aus Syrien, aus Afrika oder Illyrien, konnte ein General von seinen Soldaten zum Imperator in Rom erhoben werden. Der Isthmus von Korinth war durchstoßen, Arabien vom Süden umschifft. Nero hatte eine Expedition zu den Quellen des Nils geschickt. Die Weltkarte des Agrippa und die Geographie Strabos sind Dokumente dieser Raumerweiterung. Daß die Erde die Gestalt einer Kugel hat, war nicht nur einzelnen Astronomen oder Mathematikern bewußt.

Um diese Zeit hat ein berühmter Philosoph, Seneca, Lehrer und Erzieher und schließlich ein Opfer Neros, das, man darf schon sagen, planetarische Gefühl der damaligen Situation in großartigen Sätzen und Versen ausgesprochen. Er sagt in aller Klarheit, daß man nur von der äußersten Küste Spaniens eine nicht sehr große Zahl von Tagen mit eigenem, d. h. rückwärtigem, also mit östlichem Winde zu segeln brauche, um auf dem Wege nach Westen das im Osten gelegene Indien zu erreichen. An einer anderen Stelle, in der Tragödie „Medea“, spricht er in schönen Versen eine merkwürdige Prophezeiung aus:

Der heiße Indus und der kalte Araxes berühren sich;
Perser trinken aus Elbe und Rhein.
Thetis wird neue Welten (novos orbes) enthüllen,
und Thule wird nicht mehr die äußerste Grenze der Erde sein.

Ich habe diese Verse zitiert, weil sie das umfassende Raumgefühl zum Ausdruck bringen, das im ersten Jahrhundert unserer Zeitrechnung lebendig war. Der Beginn unserer Zeitrechnung war nämlich wirklich eine Zeitenwende, mit der nicht nur das Bewußtsein der Fülle der Zeit, sondern auch das des erfüllten Erdraumes und des planetarischen Horizonts verbunden war. Die Worte Senecas schlagen aber zugleich einen geheimnisvollen Bogen in die Neuzeit und in das Zeitalter der Entdeckungen; denn sie sind durch die jahrhundertelange Raumverdunkelung und durch die Verlandung des europäischen Mittelalters hindurch weitergetragen worden. Sie haben denkenden Menschen das Gefühl eines größeren Raumes und einer Weltweite vermittelt und sogar zur Entdeckung Amerikas mitgewirkt. Christoph Columbus kannte, wie viele seiner Zeitgenossen, die Worte Senecas und fand in ihnen Antrieb und Ermunterung zu seiner Fahrt in die neue Welt, zu der kühnen Reise, auf der er, nach Westen segelnd, den Osten erreichen wollte und wirklich erreicht hat. Der Ausdruck „neue Welt“, novus orbis, den Seneca gebraucht, wurde 1492 sofort auf das neu entdeckte Amerika bezogen.

Die Verlandung Europas

Der Verfall des Römischen Reiches, die Ausbreitung des Islam, die Einbrüche der Araber und der Türken haben eine jahrhundertelange Raumverdunkelung und Verlandung Europas herbeigeführt. Die Abdrängung von der See, der Mangel einer Flotte, die völlige Territorialisierung sind für das frühe Mittelalter und sein feudales System kennzeichnend. In der Zeit von 500 bis 1100 war Europa eine feudal-agrarische Landmasse geworden, deren herrschende Schicht, die Feudalherren, die geistige Kultur, auch Lesen und Schreiben, der Kirche und dem Klerus überließen. Berühmte Herrscher und Helden dieser Zeit konnten weder lesen noch schreiben; sie hatten dafür einen Mönch oder Kaplan. In einem Seereich hätten die Regierenden wahrscheinlich nicht so lange lesens- und schreibensunkundig bleiben können wie in einem solchen rein territorialen grundwirtschaftlichen Landmachtkomplex. Infolge der Kreuzzüge aber lernten französische, englische und deutsche Ritter und Kaufleute den nahen Orient kennen. Im Norden eröffnete die Ausbreitung der Deutschen Hanse und der Deutsche Ritterorden einen neuen Horizont; hier entstand ein Verkehrs- und Handelssystem, das die „Weltwirtschaft des Mittelalters" genannt worden ist.

Auch diese Raumerweiterung war zugleich ein Kulturwandel tiefgehender Art. Überall in Europa entstehen neue Formen des politischen Lebens. In Frankreich, England und Sizilien werden zentralisierte Verwaltungen geschaffen, die in manchem schon den modernen Staat ankündigen. In Ober- und Mittelitalien wächst eine neue städtische Kultur. Universitäten mit einer neuen theologischen und einer bisher unbekannten juristischen Wissenschaft entwickeln sich, und die Wiedergeburt des römischen Rechts schafft eine neue Bildungsschicht, die Juristen, und bricht das Bildungsmonopol des kirchlichen Klerus, das für die mittelalterliche Feudalzeit typisch war. In der neuen, der gotischen Kunst, in Architektur, Plastik und Malerei überwindet ein mächtiger Rhythmus der Bewegung den statischen Raum der vorangehenden romanischen Kunst und setzt an seine Stelle ein dynamisches Kräftefeld, einen Bewegungsraum. Das gotische Gewölbe ist ein Gefüge, in dem die Teile und Stücke sich gegenseitig durch ihre Schwere im Gleichgewicht halten und einander tragen. Gegenüber den stabilen, schweren Massen der romanischen Bauten ist das ein völlig neues Raumgefühl. Aber auch im Vergleich mit dem Raum des antiken Tempels und dem der folgenden Architektur der Renaissance zeigt sich in dieser gotischen Kunst der Ausdruck einer ihr eigentümlichen, raumverwandelnden Kraft und Bewegung.

Das faustische Raumgefühl

Es ließen sich noch weitere geschichtliche Beispiele finden, aber alle verblassen vor der tiefsten und folgenreichsten Veränderung des planetarischen Weltbildes in der ganzen uns bekannten Weltgeschichte. Sie fällt in das 16. und 17. Jahrhundert, in das Zeitalter der Entdeckung Amerikas und der ersten Umseglung der Erde. Jetzt entsteht eine im kühnsten Sinne des Wortes neue Welt, und das Gesamtbewußtsein erst der west- und mitteleuropäischen Völker, dann schließlich das der ganzen Menschheit wird von Grund auf verändert. Das ist die erste eigentliche Raumrevolution im vollen, Erde und Welt umfassenden Sinne des Wortes.

Sie ist mit keiner anderen vergleichbar. Sie war nicht etwa nur eine besonders umfangreiche quantitativ-räumliche Ausweitung des geographischen Horizontes, die infolge der Entdeckung neuer Erdteile und neuer Meere von selbst eintrat. Vielmehr änderte sich, unter völliger Beseitigung überkommener antiker und mittelalterlicher Vorstellungen, für das Gesamtbewußtsein der Menschen das Gesamtbild unseres Planeten und darüber hinaus die astronomische Gesamtvorstellung des ganzen Weltalls. Zum ersten Male in seiner Geschichte bekam der Mensch den wirklichen, ganzen Erdball wie eine Kugel in seine Hand. Daß die Erde eine Kugel sein sollte, erschien einem mittelalterlichen Menschen, aber auch noch Martin Luther, als eine lächerliche, nicht ernst zu nehmende Phantasterei. Jetzt wurde die Kugelgestalt der Erde eine handgreifliche Tatsache, eine unabweisliche Erfahrung und eine unbestreitbare wissenschaftliche Wahrheit. Jetzt bewegte sich auch die bisher so feste Erde um die Sonne. Aber selbst das war noch nicht die eigentliche, tiefste Raumveränderung, die nunmehr eintrat. Entscheidend war die Erweiterung in den Kosmos hinein und die Vorstellung eines unendlichen leeren Raumes.

Kopernikus hat als erster wissenschaftlich dargelegt, daß die Erde sich um die Sonne dreht. Sein Werk über die Umdrehung der Himmelskörper, „De revolutionibus orbium coelestium“, erschien 1543. Damit hat er zwar unser Sonnensystem verändert, aber er hielt doch noch daran fest, daß das Weltall im ganzen, der Kosmos, ein begrenzter Raum ist. Die Welt im großen kosmischen Sinne und damit der Raumbegriff selbst war also noch nicht verändert. Wenige Jahrzehnte später fielen die Grenzen. In dem philosophischen System Giordano Brunos ist das Sonnensystem, in dem die Erde sich als ein Planet um die Sonne bewegt, nur noch eines von vielen Sonnensystemen des unendlichen Sternenhimmels. Infolge der wissenschaftlichen Experimente Galileis wurden solche philosophischen Spekulationen zu einer mathematisch beweisbaren Wahrheit. Kepler berechnete die Bahnen der Planeten, obwohl ihm selber schauderte, wenn er sich die Unendlichkeit solcher Räume vorstellte, in denen die Planetensysteme sich ohne vorstellbare Grenzen und ohne einen

Mittelpunkt bewegen. Mit der Lehre Newtons stand dann für das ganze aufgeklärte Europa die neue Raumvorstellung fest. Gestirne, Massen von Materie, bewegen sich, indem Anziehungs- und Abstoßungskraft sich balancieren, nach Gravitationsgesetzen in einem unendlichen, leeren Raum …

Eine solche Veränderung, wie sie in dem Gedanken eines unendlichen, leeren Raumes enthalten ist, läßt sich nicht einfach als Folge einer bloß geographischen Ausweitung der bekannten Erde erklären. Sie ist so fundamental und revolutionär, daß man ebensogut umgekehrt sagen kann, die Entdeckung neuer Kontinente und die Umseglung der Erde seien nur Erscheinungsweisen und Folgen tiefer liegender Wandlungen gewesen. Nur deshalb konnte die Landung auf einer unbekannten Insel ein ganzes Zeitalter der Entdeckungen heraufführen. Oft sind vom Westen oder vom Osten her Menschen in Amerika gelandet. Die Wikinger haben bekanntlich schon um das Jahr 1000 von Grönland her Nordamerika gefunden, und die Indianer, die Columbus vorfand, sind auch irgendwoher nach Amerika gekommen. Aber „entdeckt" wurde Amerika trotzdem erst 1492 von Columbus. Die „präkolumbischen" Entdeckungen haben weder eine planetarische Raumrevolution bewirkt, noch standen sie im Verlauf einer solchen. Sonst wären die Azteken nicht in Mexiko und die Inkas nicht in Peru geblieben; sie hätten uns eines Tages, eine Erdkarte in der Hand, in Europa einen Besuch abgestattet und, statt daß wir sie entdeckten, umgekehrt uns entdeckt. Zu einer Raumrevolution gehört mehr als eine Landung in einer bisher unbekannten Gegend. Dazu gehört eine alle Stufen und Gebiete menschlichen Daseins erfassende Veränderung der Raumbegriffe. Die ungeheuerliche Zeitenwende des 16. und 17. Jahrhunderts läßt erkennen, was das bedeutet.

In diesen Jahrhunderten einer Wendezeit hat die europäische Menschheit gleichzeitig auf allen Gebieten ihres schöpferischen Geistes einen neuen Raumbegriff durchgesetzt. Die Malerei der Renaissance beseitigt den Raum der mittelalterlichen gotischen Malerei; die Maler setzen jetzt die von ihnen gemalten Menschen und Dinge in einen Raum, der perspektivisch eine leere Tiefe ergibt. Die Menschen und Dinge stehen und bewegen sich jetzt *in* einem Raum. Im Vergleich mit dem Raum eines gotischen Bildes bedeutet das in der Tat eine andere Welt. Daß die Maler jetzt anders sehen, daß ihr Auge sich ändert, ist für uns sehr bedeutungsvoll. Die großen Maler sind ja nicht etwa nur Leute, die einem etwas Schönes vormachen. Die Kunst ist ein geschichtlicher Grad des Raumbewußtseins, und der wirkliche Maler ist ein Mensch, der die Menschen und Dinge besser und richtiger sieht als andere Menschen, richtiger vor allem im Sinne der geschichtlichen Wirklichkeit seiner eigenen Zeit. Aber nicht nur in der Malerei der Renaissance entsteht ein neuer Raum. Die Architektur der Renaissance schafft sich ihre vom gotischen Raum weltenweit verschiedenen, klassisch-geometrisch eingeteilten Gebäude; ihre Plastik stellt die Statuen der menschlichen Figur frei in den

Raum, während die Figuren des Mittelalters an Pfeilern und Mauern „anguliert“ sind. Die Architektur des Barocks wiederum drängt in einer dynamischen Bewegung und steht dadurch in mancher Verbindung mit der Gotik, aber sie bleibt doch festgebannt in dem durch die Raumrevolution entstehenden, von ihr selbst entscheidend mitbewirkten neuen, modernen Raum. Die Musik nimmt ihre Melodien und Harmonien aus den alten Tonarten heraus und stellt sie in den Hörraum unseres sogenannten tonalen Systems. Theater und Oper lassen ihre Figuren sich in den leeren Tiefen eines szenischen Bühnenraums bewegen, der durch einen Vorhang vom Zuschauerraum getrennt wird. Sämtliche geistigen Strömungen dieser beiden Jahrhunderte, Renaissance, Humanismus, Reformation, Gegenreformation und Barock, haben also zu der Totalität dieser Raumrevolution beigetragen.

Es ist nicht zuviel gesagt, wenn man behauptet, daß alle Lebensbereiche, alle Daseinsformen, alle Arten menschlicher Schöpferkraft, Kunst, Wissenschaft und Technik an dem neuen Raumbegriff beteiligt sind. Die großen Veränderungen des geographischen Erdbildes sind nur ein vordergründiger Aspekt der tiefen Wandlung, die mit einem so folgenreichen Worte wie „Raumrevolution“ angedeutet ist. Das, was man als die rationale Überlegenheit des Europäers, als europäischen Geist und „occidentalen Rationalismus“ bezeichnet hat, dringt jetzt unwiderstehlich vor. Er entfaltet sich in den west- und mitteleuropäischen Völkern, zerstört die mittelalterlichen Formen menschlicher Gemeinschaft, bildet neue Staaten, Flotten und Armeen, erfindet neue Maschinen, unterwirft sich die nichteuropäischen Völker und stellt sie vor das Dilemma, entweder die europäische Zivilisation anzunehmen oder zum bloßen Kolonialvolk herabzusinken.

Raumordnung ist Landnahme

Jede Grundordnung ist eine Raumordnung. Man spricht von der Verfassung eines Landes oder eines Erdteils als von seiner Grundordnung, seinem Nomos. Nun, die wahre, eigentliche Grundordnung beruht in ihrem wesentlichen Kern auf bestimmten räumlichen Grenzen und Abgrenzungen, auf bestimmten Maßen und einer bestimmten Verteilung der Erde. Am Anfang jeder großen Epoche steht daher eine große Landnahme. Insbesondere ist jede bedeutende Veränderung und Verlagerung des Erdbildes mit weltpolitischen Veränderungen und mit einer neuen Einteilung der Erde, einer neuen Landnahme verbunden.

Eine so erstaunliche, beispiellose Raumrevolution, wie die des 16. und 17. Jahrhunderts, mußte zu einer ebenso erstaunlichen, beispiellosen Landnahme führen. Die europäischen Völker, denen sich damals neue, scheinbar unendliche Räume eröffneten und die in diese weiten Räume ausschwärm-

ten, behandelten die von ihnen entdeckten, nicht-europäischen und nicht-christlichen Länder und Völker als herrenloses Gut, das dem ersten europäischen Besitzergreifer gehörte. Alle, katholische wie protestantische Eroberer beriefen sich dabei auf ihre Mission, bei nicht-christlichen Völkern das Christentum zu verbreiten. Das hätte man auch ohne Eroberung und Plünderung versuchen können. Aber es gab keine andere Begründung und Rechtfertigung. Später, im 18. und 19. Jahrhundert, wurde aus dem Auftrag der christlichen Mission der Auftrag, bei nichtzivilisierten Völkern die europäische Zivilisation zu verbreiten. Aus solchen Rechtfertigungen entstand ein christlich-europäisches Völkerrecht, d.h. eine der ganzen übrigen Welt gegenübertretende Gemeinschaft der christlichen Völker Europas. Diese bildeten eine „Familie der Nationen", eine zwischenstaatliche Ordnung. Ihr Völkerrecht beruhte auf der Unterscheidung der christlichen und der nicht-christlichen, oder, ein Jahrhundert später, der (im christlich-europäischen Sinne) zivilisierten und der nicht-zivilisierten Völker. Ein Volk, das nicht in diesem Sinne zivilisiert war, konnte nicht Mitglied dieser Völkerrechtsgemeinschaft sein, es war nicht Subjekt, sondern nur Objekt dieses Völkerrechts, d.h. es gehörte als Kolonie oder koloniales Protektorat zu den Besitzungen eines dieser zivilisierten Völker.

Die „Gemeinschaft der christlich-europäischen Völker" darf man sich freilich nicht als eine Schar friedlicher Lämmer vorstellen. Sie führten untereinander blutige Kriege. Das hebt jedoch die geschichtliche Tatsache einer christlich-europäisch-zivilisatorischen Gemeinsamkeit und Ordnung nicht auf. Die Weltgeschichte ist eine Geschichte von Landnahmen, und bei jeder Landnahme haben die Landnehmer sich nicht nur vertragen, sondern oft auch gestritten, oft sogar in blutigen Bruderkämpfen … Und doch verschwindet das gegenüber der alles beherrschenden Tatsache einer gemeinsamen europäischen Landnahme der neuen Welt. Der Sinn und Kern des christlich-europäischen Völkerrechts, seine Grundordnung lag eben in der Verteilung der neuen Erde. Untereinander waren die europäischen Völker ohne viel planmäßige Überlegung darin einig, daß sie den nichteuropäischen Boden der Erde als kolonialen Boden, d.h. als Objekt ihrer Eroberung und Ausbeutung betrachteten. Diese Seite der geschichtlichen Entwicklung ist so wichtig, daß man das Zeitalter der Entdeckungen ebensogut und vielleicht noch richtiger als das Zeitalter der europäischen Landnahme bezeichnen kann. Der Krieg, sagt Heraklit, führt zusammen, und das Recht ist Streit.

64. Rezension: Rudolf Suthoff-Groß, Die Rechtsstellung des Bürgermeisters in seinem Verhältnis zum Staat und zu den übrigen Beamten der Gemeinde

Die Rechtsstellung des Bürgermeisters in seinem Verhältnis zum Staat und zu den übrigen Beamten der Gemeinde. Von *Rudolf Suthoff-Groß*.
Heymanns, Berlin 1941.
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 102. Bd.,
H. 2, 1942, S. 386–391

Es hat bisher an einer eingehenden monographischen Behandlung der Rechtsstellung des Bürgermeisters gefehlt. Das ist angesichts der außerordentlichen praktischen und theoretischen Bedeutung des Themas auffällig und ein fühlbarer Mangel. Das vorliegende Buch hilft dem ab. Es ist die erste ausführliche Darstellung dieses großen Fragenbereichs im Ganzen und in seinen vielen Einzelheiten. Das große Interesse, das die Praxis des Gemeinderechts an dem Buch nehmen wird, ist schon wegen der sorgfältigen positivrechtlichen Erörterung verständlich und gerechtfertigt. Aber auch für den wissenschaftlichen Betrachter und Forscher verdient es besondere Beachtung, weil sein Gegenstand im Schnittpunkt wichtiger Fragen des Gemeinde- und des Beamtenrechtes liegt, ja geradezu ein Schlüsselproblem enthält.

Der Wert dieser Arbeit liegt nicht so sehr in ihrer geschichtlichen Einleitung oder in ihren grundsätzlichen Ausführungen zu verfassungsrechtlichen Fragen, sondern in der sorgfältigen und gründlichen positivgesetzlichen Herausarbeitung der Besonderheit der beamtenrechtlichen Stellung des Bürgermeisters. Die heutige gemeindliche Selbstverwaltung steht und fällt mit dem Bürgermeister. Das ist nach der Regelung der DGO. ohne weiteres klar und wird auch in der Arbeit selbst immer wieder betont. Der Verfasser gelangt nun hier zu einer Auffassung, nach welcher der Bürgermeister sowohl mit seiner eigenen persönlichen Stellung als Beamter wie auch mit seiner Stellung als Dienstvorgesetzter und oberste Dienstbehörde der Gemeindebeamten ganz „verstaatlicht" wird. Damit scheint das Kernstück der gemeindlichen Selbstverwaltung, die kommunale Personalhoheit, selbst verstaatlicht und der Selbstverwaltung ihre wesentliche Substanz entzogen zu sein. Der Verfasser stellt sich damit in einen offenen Gegensatz zu der in der Praxis und im Schrifttum herrschenden Auffassung. Das wirkt um so auffälliger, als er selbst als Bezirksbürgermeister von Berlin-Wedding in der gemeindlichen Selbstverwaltung steht und hier als Fachmann bereits einen Namen hat. Die

Arbeit wird daher mit heftigem Widerspruch rechnen müssen. Sie scheint mit dem Odium einer „etatistischen“ und selbstverwaltungsfeindlichen Tendenz behaftet.

I. Aus der großen Fülle der Einzelheiten greife ich einige praktisch ohne weiteres verständliche, kennzeichnende Ergebnisse heraus:

1. Hinsichtlich der eigenen persönlichen beamtenrechtlichen Stellung des Bürgermeisters hat die Arbeit die Tendenz, die staatliche Aufsichtsbehörde so sehr in die Rolle des Dienstvorgesetzten und der obersten Dienstbehörde des Bürgermeisters hineinzukonstruieren, daß der Bürgermeister schließlich, obwohl er mittelbarer Reichsbeamter ist, im wesentlichen doch beamtenrechtlich einem unmittelbaren Reichsbeamten gleich wird.

a) Der Bürgermeister hat zwar keinen *Dienstvorgesetzten*; auch das Deutsche Beamtengesetz, das diesen Begriff eingeführt hat, hat daran nichts geändert, und der Verfasser geht davon aus. Aber § 151 Abs. 2 DBG. sieht den Fall vor, daß ein Beamter keinen Dienstvorgesetzten hat; hier bestimmt die oberste Aufsichtsbehörde, wer die Zuständigkeiten des Dienstvorgesetzten wahrnimmt, ferner wird nach § 3 DfVOKB. der allgemeine Vertreter des Beamten bzw. der Amtsnachfolger zuständig. Der Verfasser bekämpft diese Rolle des allgemeinen Vertreters, in der er eine Beeinträchtigung der Autorität des Bürgermeisters erblickt, und will die staatliche Aufsichtsbehörde an seine Stelle setzen. An dem praktischen Beispiel der Beurlaubung des Bürgermeisters wird das am besten anschaulich. Früher beurlaubte der Bürgermeister sich selbst. Auch die heutige Praxis der DGO. hält an dieser Selbstbeurlaubung des Bürgermeisters fest, der nur zu einer Anzeige verpflichtet ist, vorbehaltlich gewisser Besonderheiten hinsichtlich der ortspolizeilichen Befugnisse. Der Verfasser dagegen unterwirft den Bürgermeister den allgemeinen Vorschriften über den Urlaub mittelbarer Beamter, wonach der Dienstvorgesetzte den Urlaub erteilt. Er nimmt also dem Bürgermeister das Recht der Selbstbeurlaubung, das auch in den ministeriellen Ausführungsanweisungen anerkannt ist. Beides, Praxis und Ausführungsanweisung, erklärt er von § 151 DBG. aus als gesetzwidrig. Wenn dem so ist, müßte der Urlaub dem Bürgermeister durch den allgemeinen Vertreter, d.h. durch einen ihm untergebenen Gemeindebeamten erteilt werden. Weil das aber der Gesamtstellung des Bürgermeisters offenbar widerspricht, schlägt der Verfasser vor, daß die staatliche Aufsichtsbehörde den Urlaub erteilt.

b) In ähnlicher Weise beantwortet er z.B. die Frage, wer die oberste Dienstbehörde des Bürgermeisters ist (§ 2 Abs. 4 DBG.). Hier fehlt es an einer dem § 151 Abs. 2 DBG. entsprechenden Regelung. Zum Unterschied vom „Beamten, der keinen Dienstvorgesetzten hat“, kennt das DBG. den „Beamten, der keine oberste Dienstbehörde hat“, nicht, obwohl es den Begriff der obersten Dienstbehörde kennt und voraussetzt. Im allgemeinen ist es

praktisch auch hier so, daß in solchen Fällen eine Aufteilung der Zuständigkeiten der obersten Dienstbehörde stattfindet, beim Bürgermeister wiederum hauptsächlich zwischen dem allgemeinen Vertreter und der staatlichen Aufsichtsbehörde. Der Verfasser kommt wiederum, nach einer interessanten Kritik, zu dem Vorschlag, die Wahrnehmung *sämtlicher* Zuständigkeiten, welche die oberste Dienstbehörde gegenüber dem Bürgermeister auszuüben hat, unter Ausschaltung des allgemeinen Vertreters und des Amtsnachfolgers, einheitlich auf die staatliche Aufsichtsbehörde zu übertragen.

2. Hinsichtlich der dem Bürgermeister zugewiesenen beamtenrechtlichen Funktionen gegenüber den Gemeindebeamten ist das Ergebnis, daß diese Funktionen nicht Selbstverwaltungs-, sondern staatliche Auftragsangelegenheiten sind. Dieser ganze Bereich bürgermeisterlicher Aufgaben soll nicht einmal eine neben oder zwischen den Selbstverwaltungs- oder staatlichen Auftragsangelegenheiten stehende, besondere dritte Art von Gemeindeaufgaben sein, wie sie vielfach, z. B. für Rechtsschutzangelegenheiten angenommen worden ist; er ist einfach staatlich. Die Dienststrafbefugnis soll als eine rein staatliche Befugnis dem Bürgermeister nicht in seiner Eigenschaft als Dienstvorgesetzter der Gemeindebeamten zustehen. Die praktische Schlußfolgerung liegt auf der Hand: der Bürgermeister ist auch in seiner Eigenschaft als oberste Dienstbehörde der Gemeindebeamten staatlichen Weisungen unterworfen.

Es wird schon an diesen Beispielen deutlich, in welchem Maße die Ergebnisse des Verfassers der heute herrschenden Ansicht und auch den in wohl allen Kommentaren zur DGO. zum Ausdruck kommenden Ansichten widersprechen. Sie werden wahrscheinlich nicht nur Widerspruch, sondern sogar Anstoß erregen, weil sie die Grundlagen der Selbstverwaltung anzutasten scheinen.

II. Schon wegen dieses zu erwartenden Widerspruchs ist eine unbefangene Beurteilung der Arbeit unter rein wissenschaftlichen Gesichtspunkten nicht leicht. Es kommt hinzu, daß sich das Kernstück der Arbeit in einer Argumentationsweise bewegt, die der ganzen Abhandlung manche Kennzeichen einer „Praktikerarbeit“ gibt. Mit einer oft sehr scharfsinnigen, oft aber auch formalistisch wirkenden Gründlichkeit werden die zahllosen Bestimmungen der Durchführungsverordnungen und Ausführungsanweisungen untersucht. Demgegenüber ist die geschichtliche Einleitung ohne selbständigen Forschungswert. Ich möchte sie freilich nicht einfach missen, weil sie in interessanter Weise dem Leser einen ersten Eindruck der wechselnden Stellung des Bürgermeisters und ihrer Abhängigkeit von der Verfassungslage vermittelt, allerdings nur aus zweiter Hand und für die Zeit des Zweiten Reiches summarisch. Die großartige, allgemein anerkannte, von der ganzen Welt bewunderte Leistung deutscher Oberbürgermeister in der Zeit vor dem Weltkrieg ist

nicht nach ihrem vollen Verdienst behandelt. Die Ausführungen zu der grundlegenden verfassungsrechtlichen Frage des Verhältnisses von Gesetz, Verordnung und Ministerialerlaß wirken etwas schwach. Die allgemeinen Ausführungen über den mittelbaren Beamten schließen sich hauptsächlich an die Berliner Dissertation von *Hans Schmidt,* Entwicklung und Wesen des Begriffs mittelbarer Beamter, 1939, an. Ebenso bedeuten die Ausführungen über die Rechtsnatur des Dienststrafrechts keine verfassungsrechtliche Vertiefung. Alle diese über die Einzelfrage hinausgehenden Teile der Arbeit darf man nicht so beurteilen, als ob jeder von ihnen das betreffende Problem neu vertiefen und erschöpfend behandeln solle. Das würde praktisch auf die Forderung eines halben Dutzend großer rechtswissenschaftlicher Abhandlungen hinauslaufen. Aber es ist dem Verfasser auch nicht recht gelungen, mit wenigen festen Linien seine Einzeluntersuchungen in ihren verfassungsrechtlich-systematischen Gesamtzusammenhang einzugliedem. Hier wird der Unterschied einer guten rechtswissenschaftlichen Theorie und, wenn ich das als Professor sagen darf, auch ihr Eigenwert gegenüber bloßer verwaltungspraktischer Tüchtigkeit besonders fühlbar. Der Verfasser zeigt zwar über die Beherrschung der Einzelprobleme hinaus Kenntnisse und Verständnis für größere und grundsätzliche Zusammenhänge, hat aber doch den Gesamteindruck einer „Praktikerarbeit“ nicht gerade siegreich zu bekämpfen gewußt.

III. Ich habe, über alle Einzelheiten hinweg, die beiden Belastungen, unter denen die Arbeit leidet – das Odium einer selbstverwaltungsfeindlichen Tendenz und den Charakter einer überwiegenden Praktikerarbeit – in aller Schärfe herausgestellt, erstens um allen Einwendungen und Bedenken gerecht zu werden, und zweitens um meine eigene Beurteilung der Arbeit um so deutlicher auszusprechen. Ich identifiziere mich weder mit den Ergebnissen noch mit dem juristischen Stil der Arbeit, der meinem eigenen denkbar entgegengesetzt ist. Trotzdem halte ich die Arbeit auch über ihren besonderen praktischen Wert hinaus für eine Leistung, die in der heutigen Lage der Erörterung des von ihr behandelten Themas rechtswissenschaftlich beachtlich und nützlich ist. Maßgebend für dieses Urteil sind folgende Gründe: Was das Odium der selbstverwaltungsfeindlichen Tendenz angeht, so ist der Verfasser, im vollen Bewußtsein der zu erwartenden Angriffe, bereit, es auf sich zu nehmen. Wenn er, in voller Kenntnis der in Betracht kommenden Einwendungen, an seiner Überzeugung festhält, muß ich das respektieren. In der Sache wurzeln die eigentlichen Schwierigkeiten, aus denen sich ein großer Teil des zu erwartenden Widerspruchs erklärt, darin, daß die beiden in Betracht kommenden Kodifikationen, die DGO. von 1935 und das DBG. von 1937, nicht begrifflich folgerichtig aufeinander abgestimmt sind. Ich kenne aus meiner Beteiligung an gesetzgeberischen Vorarbeiten für beide Probleme die außerordentlichen Schwierigkeiten einer solchen systematischen Abstimmung. Die Frage nach dem Verhältnis der beiden Kodifikationen läßt sich

nicht mit üblichen allgemeinen Formeln von der *lex posterior* oder der *lex specialis* beantworten. Hinter dem Vordergrund der Beibehaltung zahlreicher überkommener Begriffe und Denkgewohnheiten der gemeindlichen Selbstverwaltung vollzieht sich ein fundamentaler Gesamtwandel unserer Verfassung, der sich durch diese Kodifikationen nicht aufhalten läßt. Die Entwicklung führt daher schnell zu immer neuen Fragen und neuen Problemen, wie sie die Verfasser der Kodifikationen von 1935 oder von 1937 nicht voraussehen konnten. Das DBG. hat einen allgemeinen Begriff des „mittelbaren Beamten" eingeführt. Ich habe das von Anfang an für bedenklich gehalten und aus diesen Gründen auch die oben erwähnte Berliner Dissertation von *Hans Schmidt* (von 1939) veranlaßt. Dazu kommt die überhaupt noch nicht vertiefte Frage nach dem Begriff des „Dienstherrn", der – was für die Gemeinde und damit auch für die persönliche Stellung des Bürgermeisters als des alleinigen Vertreters der Gemeinde besonders wichtig wird – als solcher der Reichsregierung untergeordnet ist. Dadurch, daß das DBG. von 1937 den Begriff des mittelbaren Beamten zu einem Allgemeinbegriff erhebt und den Bürgermeister unter diesen Begriff fallen läßt, ist das Wesen der bürgermeisterlichen Stellung tiefer verändert, als auf den ersten Blick erkennbar wird. Es ist nun zwar schon öfters gelegentlich (z.B. von *Weidemann* oder von *Forsthoff)* gesagt worden, daß mit diesem allgemeinen „mittelbaren Beamten" ein neuer Beamtentypus geschaffen ist, aber es fehlt noch an einer gründlichen Erörterung und Durchdenkung im Einzelnen. Diese für die Rechtsstellung des Bürgermeisters geliefert zu haben, ist das ganz unbestreitbare Verdienst der vorliegenden Arbeit. Der Verfasser hat meiner Ansicht nach durchaus recht, wenn er darauf besteht, daß der Beigeordnete, d.h. ein Untergebener, nicht allgemeiner Vertreter des Bürgermeisters sein kann, wo es sich um die persönliche beamtenrechtliche Stellung des Bürgermeisters handelt. Hier zeigt sich der Gesamtwandel unserer Verfassung am deutlichsten. Der frühere Beigeordnete der parlamentarischen Stadtverfassung konnte als eine Art Minister angesehen werden; der heutige Beigeordnete der autoritären bürgermeisterlichen Verfassung ist einfach nachgeordneter Beamter. An der Frage der beamtenrechtlichen Stellung des Bürgermeisters läßt sich dieser Wandel am besten zeigen.

Hier setzt die Arbeit am richtigen Punkte an. Die positivistische Umständlichkeit der Schwerfälligkeit, mit der dieser Ansatz durchgeführt wird, verliert dadurch den Charakter eines Mangels, den sie auf den ersten Blick in so starkem Maße trägt. Gerade weil die Beweisführung weniger aus allgemeinen grundsätzlichen Erwägungen als aus solchen, oft sehr engen, praktisch-positivistischen Beobachtungen und Argumentationen besteht, wird eine Lücke in verdienstlicher Weise ausgefüllt. Da der Bürgermeister in der Weise, wie es in der DGO. geschehen ist, zum autoritären alleinigen Vertreter der Gemeinde, d.h. seines eigenen Dienstherrn wird, läßt sich durch eine ganz posi-

tivistische Einzeluntersuchung seiner beamtenrechtlichen Stellung sowohl für das Problem der gemeindlichen Selbstverwaltung wie auch für das des mittelbaren Beamten eine überaus nützliche Klärung gewinnen. Die Art der Kritik, wie sie der Verfasser in einer oft schwerfällig erscheinenden Weise vornimmt, ist vorzüglich geeignet, die sachliche Erörterung jener beiden großen Gesamtprobleme zu vertiefen. In dieser Hinsicht bedeutet die Arbeit ein positivistisch-praktisches Gegenstück zu manchen, in umgekehrter Richtung verfahrenden Broschüren und Aufsätzen der Zeit von 1933 bis 1937, die sich allzusehr im bloß Grundsätzlichen und bloß Weltanschaulichen ergingen und daher sowohl in der Praxis der täglichen Rechtsprechung und Verwaltung wie auch bei der Arbeit der gesetzgeberischen Formulierung den Positivisten unterlegen waren. Besonders auf dem Gebiet des Beamtenrechts beherrschen ja durchaus angesehene Praktiker wie *Brand, Fischbach, Wittland, Heyland, Daniels* u. ä. das Feld. Ich würde es daher, angesichts der gründlichen und nützlichen Untersuchung, die die vorliegende Arbeit darstellt, nicht für gerecht halten, den Schwerpunkt der Kritik in eine Prüfung des geschichtlichen Teiles oder der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Ausführungen zu verlegen. Diese sind nicht mehr als Koroliarien einer praktisch-positivistischen Vertiefung eines Einzelproblems. Aber, wie gesagt, eines Einzelproblems, das nach seiner praktischen und theoretischen Bedeutung in vielen Hinsichten eine zentrale Bedeutung hat und daher zunächst einmal als Einzelproblem in aller Schärfe herausgestellt werden muß. Das ist bisher noch nicht versucht worden, und dieser mühseligen, aber notwendigen Arbeit hat sich der Verfasser unterzogen. Betrachtet man die Arbeit im ganzen unter diesem Gesichtspunkt, so erscheint manches, was auf den ersten Blick als Mangel wirkt und den Eindruck einer gewissen Enge macht, in einem wesentlich anderen Lichte. Es wird dann, wenn auch vielleicht nicht gerade zu einem Vorzug, so doch annehmbar und vor allem nützlich. Auch als Vorarbeit für spätere gemeinde- und beamtenrechtliche gesetzgeberische Erwägungen ist das eine Leistung, die gegebenenfalls nach ihrem Wert zur Geltung kommen wird.

65. Behemoth, Leviathan und Greif

Vom Wandel der Herrschaftsformen

Deutsche Kolonialzeitung, 55. Jg. (1943), S. 30–33

England ist eine Insel. Aber erst indem es Träger und Mittelpunkt der elementaren Wendung vom festen Land zur hohen See wurde, und nur als Erbin aller damals entfesselten maritimen Energien verwandelte es sich in die Insel, die man meint, wenn man immer wieder betont, daß England eine Insel ist. Und erst indem es in einem neuen, bisher unbekannten Sinne zur Insel wurde, hat es die britische Seenahme der Weltozeane vollendet und den damaligen ersten Abschnitt der planetarischen Raumrevolution gewonnen.

Selbstverständlich ist England eine Insel. Aber mit der Feststellung dieser geographischen Tatsache ist noch nicht viel gesagt. Es gibt viele Inseln, deren politische Schicksale ganz verschieden sind. Sizilien ist auch eine Insel, auch Irland, Kuba, Madagaskar und Japan. Wie viele widersprechende weltgeschichtliche Entwicklungen verbinden sich schon mit diesen wenigen Namen, die alle eine Insel benennen! In einem bestimmten Sinn sind alle, auch die größten Kontinente nur Inseln, und die ganze bewohnte Erde ist, wie schon die Griechen wußten, vom Ozean umgeben. England selber ist, seitdem es sich vor Jahrtausenden – etwa um 1800 vor unserer Zeitrechnung – vom Festland getrennt hat, unter den entgegengesetzten geschichtlichen Schicksalen in geographisch immer gleicher Weise eine Insel gewesen. Es war eine Insel, als es von den Kelten besiedelt und als es von Julius Cäsar für Rom erobert wurde, bei der normannischen Eroberung (1066) und zur Zeit der Jungfrau von Orleans (1431), als die Engländer den größten Teil Frankreichs besetzt hielten.

Die Bewohner dieser Insel hatten auch das Gefühl einer geschützten Insellage. Aus dem Mittelalter sind uns schöne Gedichte und Verse überliefert, in denen England als eine vom Meer wie von einem Schutzgraben umschirmte Burg gefeiert wird. Den berühmtesten und schönsten Ausdruck hat dieses insulare Selbstgefühl bei Shakespeare gefunden:

Dies zweite Eden, dies gekrönte Eiland, halbe Paradies,
Dies Bollwerk, das Natur für sich erbaut.
Dies Kleinod in die Silbersee gefaßt,
Die ihm den Dienst von einer Mauer leistet,
Von einem Graben, der das Haus verteidigt.

Es ist begreiflich, daß die Engländer solche Verse oft zitieren und daß insbesondere die Wendung „Dies Kleinod in die Silbersee gefaßt“ ein geflügeltes Wort werden konnte.

Solche Äußerungen englischen Inselbewußtseins gehören aber zu der alten Insel. Die Insel wird noch als ein vom Meere umgebenes, vom Festland abgesprengtes Stück Land aufgefaßt. Das Inselbewußtsein ist noch durchaus landhaft, erdhaft und territorial. Es kommt sogar vor, daß das Inselgefühl sich als ein besonders ausgeprägtes territoriales Erdgefühl äußert. Es wäre ein Irrtum, jeden Inselbewohner und auch heute noch jeden Engländer für einen geborenen Seeschäumer zu halten. Wir sahen ja schon, welche Veränderung darin lag, daß ein Volk von Schafzüchtern im 16. Jahrhundert zu einem Volk von Kindern der See geworden ist. Das war die fundamentale Wandlung des politisch-geschichtlichen Wesens der Insel selbst. Sie bestand darin, daß die Erde jetzt nur noch vom Meere aus gesehen, die Insel aber aus einem abgesprengten Stück des Festlandes zu einem Teil des Meeres wurde, zu einem Schiff oder noch deutlicher zu einem Fisch.

Eine folgerichtig vom Meer ausgehende, rein maritime Anschauung des festen Landes ist für einen territorialen Betrachter schwer verständlich. Unsere übliche Sprache bildet ihre Bezeichnungen ganz selbstverständlich vom Lande her. Wir nennen das Bild, das wir uns von unserem Planeten machen, einfach unser Erdbild, und vergessen, daß es auch ein Seebild davon geben kann. Wir sprechen mit Bezug auf das Meer von Seestraßen, obwohl es hier nur Verkehrslinien und keine Straßen wie auf dem Lande gibt. Wir denken uns ein Schiff auf hoher See als ein Stück Land, das auf dem Meere fährt, als ein „schwimmendes Stück Staatsgebiet“, wie man es in der völkerrechtlichen Behandlung dieser Frage nennt. Ein Kriegsschiff erscheint uns als eine schwimmende Festung und eine Insel wie England als eine vom Meer wie von einem Graben umgebene Burg. Für den maritimen Menschen sind das alles ganz falsche, der Phantasie von Landratten entsprungene Übertragungen. Ein Schiff ist kein schwimmendes Stück Land, sowenig wie ein Fisch ein schwimmender Hund ist. Umgekehrt ist für eine nur meeresbezogene Sicht das feste Land eine bloße Küste, ein Strand mit einem „Hinterland“. Vom hohen Meere her und aus einer maritimen Existenz heraus gesehen, kann sogar ein ganzes Land bloßes Strandgut und Auswurf der See sein. Ein für uns erstaunliches, aber vom Meere her typisches Beispiel dieser Sichtweise ist ein Ausspruch Edmund Burkes, der gesagt hat: Spanien ist nichts als ein an der Küste Europas gestrandeter Walfisch.

Alle wesentlichen Beziehungen zur übrigen Welt, insbesondere auch zu den Staaten des europäischen Festlandes, mußten sich daher wandeln, als England zu einer rein maritimen Existenz überging. Alle Maße und Proportionen der englischen Politik wurden jetzt mit denen sämtlicher andern euro-

päischen Länder unvergleichbar und unvereinbar. England wurde Herrin der See und errichtete auf seiner Seeherrschaft über die ganze Erde hin ein in allen Erdteilen verstreutes, britisches Weltreich. Die englische Welt dachte in Stützpunkten und Verkehrslinien. Was für die andern Völker Boden und Heimat war, erschien ihr als bloßes Hinterland. Das Wort „kontinental" bekam die Nebenbedeutung von rückständig und die dazugehörige Bevölkerung wurde „backward people". Die Insel selbst aber, die Metropole eines solchen auf der rein maritimen Existenz errichteten Weltreiches wird dadurch entwurzelt und entlandet. Sie kann, wie ein Schiff oder wie ein Fisch, an einen andern Teil der Erde schwimmen, denn sie ist ja nur noch der transportable Mittelpunkt eines über alle Kontinente zusammenhanglos verstreuten Weltreiches. Disraeli, der führende englische Politiker in der Zeit der Königin Viktoria, sagte im Hinblick auf Indien, daß das britische Reich mehr eine asiatische als eine europäische Macht ist. Er war es auch, der im Jahre 1876 den Titel der Königin von England mit dem der Kaiserin von Indien verband. Darin kam zum Ausdruck, daß die britische Weltmacht ihren Charakter als Reich von Indien her ableitete. Derselbe Disraeli hatte schon 1847 in seinem Roman „Tancred" den Vorschlag gemacht, die Königin von England solle nach Indien umziehen. „Die Königin soll eine große Flotte sammeln und mit ihrem ganzen Hof und deren ganzen führenden Schicht ausziehen und den Sitz ihres Reiches von London nach Delhi verlegen. Dort wird sie ein ungeheures, fertiges Reich finden, eine erstklassige Armee und große Einkünfte."

Disraeli war ein Abravanel des 19. Jahrhunderts, ein Eingeweihter, ein Weiser von Zion. Von ihm sind viele zielsichere Suggestionen und Formulierungen ausgegangen, die von Nichtjuden gierig aufgesogen wurden. Er wußte also, was er sagte, als er solche Vorschläge machte. Er fühlte, daß die Insel kein Stück von Europa mehr war. Ihr Schicksal war nicht mehr notwendig mit dem Europas verbunden. Sie konnte aufbrechen und ihren Platz als Metropole eines maritimen Weltreiches wechseln. Das Schiff konnte die Anker lichten und in einem andern Erdteil vor Anker gehen. Der große Fisch, der Leviathan, konnte sich in Bewegung setzen und andere Ozeane aufsuchen.

Nach der Schlacht bei Waterloo, als nach 20jährigem Krieg Napoleon besiegt war, begann eine Zeit der vollen unbestrittenen Seeherrschaft Englands. Sie dauerte das 19. Jahrhundert hindurch. In der Mitte des Jahrhunderts, nach dem Krimkrieg, und auf der den Krimkrieg abschließenden Pariser Konferenz von 1856 war der Höhepunkt erreicht. Die Zeit des Freihandels war auch die Zeit der freien Entfaltung der industriellen und wirtschaftlichen Überlegenheit Englands. Freies Meer und freier Weltmarkt verbanden sich in einer Vorstellung von Freiheit, deren Träger und Hüter nur England sein konnte. Um diese Zeit erreichte auch die Bewunderung und Nachahmung des englischen Vorbildes in der ganzen Welt ihren Höhepunkt.

Ein innerer Wandel hatte das elementare Wesen des großen Leviathan berührt. Das wurde damals freilich noch nicht bemerkt. Im Gegenteil. Infolge des erstaunlichen weltwirtschaftlichen Aufstiegs, der jetzt eintrat, glaubte ein positivistisches, von dem schnell wachsenden Reichtum geblendetes Zeitalter, daß dieser Reichtum sich immer noch weiter steigern und in das tausendjährige irdische Paradies einmünden werde. Der Wandel, der an das Wesen des Leviathan rührte, war aber gerade die Folge der industriellen Revolution. Dies hatte mit der Erfindung der Maschinen im 18. Jahrhundert in England eingesetzt. Der erste Kokshochofen (1735), der erste Gußstahl (1740), die Dampfmaschine (1768), die Spinnmaschine (1770), der mechanische Webstuhl (1786), alles zuerst in England, das sind einige Beispiele, die deutlich machen, wie groß der industrielle Vorsprung Englands vor allen andern Völkern war. Dampfschiff und Eisenbahn folgten im 19. Jahrhundert. England blieb auch hier an der Spitze. Die große Seemacht wurde gleichzeitig die große Maschinenmacht. Jetzt schien ihre Weltherrschaft endgültig zu sein.

Groß ist der Schritt, den die Entwicklung des Seewesens in wenigen Jahren von der Galeeren-Seeschlacht bei Lepanto (1571) bis zu der Vernichtung der spanischen Armada im Kanal (1588) gemacht hat. Ein ebenso großer Schritt liegt zwischen dem Krimkrieg, den England, Frankreich und Sardinien 1854 bis 1856 gegen Rußland geführt hatten, und dem amerikanischen Sezessionskrieg, 1861–1863, in dem die industriellen Nordstaaten die agrarischen Südstaaten besiegten. Der Krimkrieg wurde noch mit Segelkriegsschiffen geführt, der Sezessionskrieg bereits mit gepanzerten Dampfschiffen. Damit beginnt das Zeitalter des modernen Industrie- und Wirtschaftskrieges. England war allerdings auch bei diesem Schritt noch in der Führung und wahrte bis fast an das Ende des 19. Jahrhunderts seinen großen Vorsprung. Aber dieser Schritt bedeutete zugleich ein neues Stadium in dem elementaren Verhältnis von Land und Meer.

Denn jetzt verwandelte sich der Leviathan aus einem großen Fisch in eine Maschine. Das war in der Tat eine Wesenswandlung außerordentlicher Art. Die Maschine veränderte das Verhältnis des Menschen zum Meer. Der verwegene Menschenschlag, der bisher die Größe der Seemacht bewirkt hatte, verlor seinen alten Sinn. Die kühnen seemännischen Leistungen der Segelschiffe, die hohe Kunst der Navigation, die harte Zucht und Auswahl eines bestimmten Menschenschlages, alles das verblaßte in der Sicherheit des modernen, technisierten Seeverkehrs. Die See bewahrte immer noch ihre menschenformende Kraft. Aber die Weiterwirkung jenes mächtigen Stoßes, der ein Volk von Schafzüchtern in Piraten verwandelt hatte, ließ nach und hörte allmählich auf. Zwischen das Element des Meeres und die menschliche Existenz wurde ein maschineller Apparat eingefügt. Eine auf der Maschinenindustrie errichtete Meeresherrschaft ist offenbar etwas anderes als eine Seemacht, die in härtestem, unmittelbarem Kampf mit dem Element täglich

errungen wurde. Ein Segelschiff, das nur von menschlicher Muskelkraft bedient wird, und ein von Dampfrädern bewegtes Schiff stellen schon zwei verschiedene Beziehungen zum Element des Meeres dar. Die industrielle Revolution verwandelte die aus dem Element des Meeres geborenen Kinder der See in Maschinenbauer und Maschinenbediener.

Alle haben den Wandel gefühlt. Die einen klagten über das Ende der alten, heroischen Zeit und flüchteten in die Romantik der Seeräubergeschichten. Die andern jubelten über den Fortschritt der Technik und stürzten sich in die Utopien konstruierter Menschheitsparadiese. Wir stellen hier in aller Sachlichkeit fest, daß die rein maritime Existenz, das Geheimnis der britischen Weltmacht, in ihrem Wesenskern getroffen war. Aber die Menschen des 19. Jahrhunderts merkten es nicht. Denn ob Fisch oder Maschine, der Leviathan wurde auf jeden Fall immer noch stärker und mächtiger und seines Reiches schien kein Ende.

Der amerikanische Admiral Mahan hat am Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts einen merkwürdigen Versuch gemacht, die Ursituation der britischen Seenahme auch im Zeitalter der Maschine weiterzuführen. Mahan ist ein bedeutender Geschichtsschreiber des „Einflusses der Seemacht in der Geschichte“. So hat er sein Hauptwerk genannt, das auch in deutscher Sprache erschienen ist und die Anerkennung der deutschen Kriegsmarine, insbesondere ihres Schöpfers, des Großadmirals von Tirpitz, gefunden hat.

In einem Aufsatz vom Juli 1904 spricht Mahan über die Möglichkeiten einer Wiedervereinigung Englands mit den Vereinigten Staaten von Amerika. Den tiefsten Grund einer solchen Wiedervereinigung sieht er nicht in der gemeinsamen Rasse oder Sprache oder Kultur. Diese von anderen Schriftstellern oft vorgebrachten Gesichtspunkte unterschätzt er keineswegs. Aber sie sind ihm nur willkommene Beigaben. Entscheidend ist für ihn, daß die angelsächsische Herrschaft über die Meere der Welt aufrechterhalten werden muß, und das kann nur auf „insularer“ Grundlage durch eine Verbindung der beiden anglo-amerikanischen Mächte geschehen. England selbst ist infolge der modernen Entwicklung zu klein geworden, daher nicht mehr die Insel im bisherigen Sinne. Die Vereinigten Staaten von Amerika dagegen sind die zeitgemäße wahre Insel. Das ist, sagt Mahan, wegen ihrer Ausdehnung bisher nicht zum Bewußtsein gekommen. Es entspricht aber den heutigen Maßstäben und Größenverhältnissen. Der insulare Charakter der Vereinigten Staaten soll es bewirken, daß die Herrschaft zur See auf breiterer Grundlage aufrechterhalten und weitergeführt werden kann. Amerika ist die größere Insel, von der aus die britische Seenahme verewigt und als anglo-amerikanische Seeherrschaft über die Welt in größerem Stil fortgesetzt werden soll.

Während der jüdische Politiker Disraeli das britische Weltreich nach Asien verlegen wollte, hat der amerikanische Admiral einen Auszug nach Amerika

im Sinne. Das liegt in der Richtung einer Denkweise, die einem angelsächsischen Marinemann des 19. Jahrhunderts natürlich war. Der Admiral fühlte den Wandel der Zeit, er sah die gewaltigen Veränderungen der Maße und Maßstäbe, die mit der industriellen Entwicklung unweigerlich eintraten. Aber er sah nicht, daß die industrielle Umwälzung gerade den wesentlichen Punkt, das elementare Verhältnis des Menschen zum Meer betraf. So kommt es, daß er in der alten Linie weiterdenkt. Seine größere Insel soll eine überkommene, alternde Tradition in einer völlig neuen Situation konservieren. Die alte, vergehende Insel und der ganze Komplex einer auf ihr errichteten See- und Weltmacht soll an die neue Insel angehängt und von ihr, wie von einem riesigen Bergeschiff, geborgen werden.

So bedeutend die Persönlichkeit Mahans ist und so eindrucksvoll seine Konstruktion der größeren Insel auch sein mag, sie trifft nicht den elementaren Kern einer neuen Raumordnung. Sie ist nicht aus dem Geist der alten Seefahrer geboren. Sie kommt aus einem konservativen Bedürfnis nach geopolitischer Sicherheit und hat nichts mehr von den Energien des elementaren Aufbruchs, die im 16. und 17. Jahrhundert das weltgeschichtliche Bündnis zwischen wagendem Seefahrertum und calvinischem Prädestinationsglauben zustande gebracht haben.

Die industrielle Entwicklung und die neue Technik ließen sich nicht auf dem Stande des 19. Jahrhunderts festhalten. Sie blieben nicht beim Dampfschiff und der Eisenbahn stehen. Schneller als selbst die maschinengläubigsten Propheten es geahnt hatten, änderte sich die Welt und trat in das Zeitalter der Elektrotechnik und Elektrodynamik ein. Elektrizität, Flug- und Funkwesen bewirkten eine solche Umwälzung aller Raumvorstellungen, daß offensichtlich ein neues Stadium der ersten planetarischen Raumrevolution, wenn nicht gar eine zweite neue Raumrevolution eingesetzt hatte.

In wenigen Jahren, in der Zeit von 1890 bis 1914, hat ein Staat des europäischen Festlandes, Deutschland, den englischen Vorsprung eingeholt und auf wichtigen Gebieten, im Maschinen-, Schiffs- und Lokomotivenbau sogar überholt, nachdem Krupp auf dem Gebiet des Geschützbaues schon im Jahre 1868 sich den Engländern gewachsen gezeigt hatte. Der Weltkrieg 1914 stand bereits unter dem neuen Zeichen. Freilich sind die Völker und ihre Regierungen ohne das Bewußtsein einer raumrevolutionären Zeit in ihn hineingetaumelt, als handle es sich um einen der ihnen geläufigen Kriege des 19. Jahrhunderts. In dem hochindustrialisierten Deutschland herrschten noch englische Verfassungsideale und galten englische als klassische Begriffe, während ein riesengroßes Agrarland, das zaristische Rußland, einen modernen Welt- und Materialkrieg begann, ohne ein eigenes modernes Motorenwerk auf seinem weiten Boden zu besitzen. In Wirklichkeit war der Schritt vom Dampfschiff zum modernen Kriegsschiff nicht kleiner gewesen, als es

der von der Rudergaleere zum Segelschiff gewesen war. Das Verhältnis des Menschen zum Element des Meeres war von neuem aufs tiefste verändert.

Als das Flugzeug hinzukam, war sogar eine neue, zu Land und Meer hinzutretende, dritte Dimension erobert. Jetzt erhob sich der Mensch über die Fläche des Landes wie die des Meeres und bekam ein völlig neuartiges Verkehrsmittel und eine ebenso neue Waffe in die Hand. Die Maße und Maßstäbe veränderten sich weiter und die Möglichkeiten menschlicher Herrschaft über die Natur und über andere Menschen stiegen in unabsehbare Bereiche. Es ist begreiflich, daß gerade die Luftwaffe als „Raumwaffe" bezeichnet wurde. Denn die raumrevolutionäre Wirkung, die von ihr ausgeht, ist besonders stark, unmittelbar und augenfällig.

Stellt man sich außerdem noch vor, daß nicht nur Flugzeuge den Luftraum über Land und Meer durchfliegen, sondern auch ununterbrochen die Funkwellen von Sendern aller Länder mit Sekundenschnelle durch den atmosphärischen Raum um den Erdball kreisen, so liegt es nahe, zu glauben, daß jetzt nicht nur eine neue, dritte Dimension erreicht, sondern sogar ein drittes Element hinzugetreten ist, die *Luft*, als ein neuer Elementarbereich menschlicher Existenz. Zu den beiden mythischen Tieren Leviathan und Behemoth würde dann noch ein drittes, ein großer Vogel, hinzutreten. Aber wir dürfen mit solchen folgenreichen Behauptungen nicht vorschnell umgehen. Denkt man nämlich daran, mit welchen technisch-maschinellen Mitteln und Energien die menschliche Macht im Luftraum ausgeübt wird, und stellt man sich die Explosionsmotoren vor, durch die die Luftmaschinen bewegt werden, so erscheint einem eher das *Feuer* als das hinzutretende, eigentlich neue Element menschlicher Aktivität.

Die Frage der beiden neuen, zu Land und Meer hinzutretenden Elemente soll hier nicht entschieden werden. Ernsthafte Erwägungen und phantastische Spekulationen gehen hier noch zu sehr durcheinander und haben einen unabsehbaren Spielraum. Nach einer antiken Lehre ist ja die ganze Geschichte der Menschheit nur eine Reise durch die vier Elemente. Bleiben wir jedoch nüchtern bei unserm Thema, so sind uns zwei sachliche und sichere Feststellungen möglich. Die erste betrifft den Wandel des Raumbegriffs, der mit dem neuen Stadium der Raumrevolution eingetreten ist. Dieser Wandel geht nicht weniger tief wie der des 16. und 17. Jahrhunderts, den wir kennengelernt haben. Damals fanden die Menschen die Welt im leeren Raum. Heute verstehen wir unter Raum nicht mehr eine bloße, von jeder denkbaren Inhaltlichkeit leere Tiefendimension. Raum ist uns ein Kraftfeld menschlicher Energie, Aktivität und Leistung geworden. Erst heute wird uns ein Gedanke möglich, der in jeder andern Epoche unmöglich gewesen wäre und den ein deutscher Philosoph der Gegenwart ausgesprochen hat: Die Welt ist nicht im Raum, sondern der Raum ist in der Welt.

Unsere zweite Feststellung betrifft das elementare Verhältnis von Land und Meer. Das Meer ist heute nicht mehr ein Element wie zur Zeit der Waljäger und Korsaren. Die heutige Technik der Verkehrs- und Nachrichtenmittel hat aus ihm einen Raum im heutigen Sinne des Wortes gemacht. Heute kann, in Friedenszeiten, jeder Reeder täglich und stündlich wissen, an welchem Punkt des Ozeans ein Schiff auf hoher See sich befindet. Damit ist, gegenüber der Segelschiffzeit, die Welt des Meeres für den Menschen elementar verändert. Ist dem aber so, dann entfällt auch die Teilung von Meer und Land, auf der sich die bisherige Verbindung von See- und Weltherrschaft errichten ließ. Es entfällt die Grundlage der britischen Seenahme und damit der bisherige Nomos der Erde.

Statt dessen wächst unaufhaltsam und unwiderstehlich der neue Nomos unseres Planeten. Ihn rufen die neuen Beziehungen des Menschen zu den alten und den neuen Elementen, und die veränderten Maße und Verhältnisse menschlicher Existenz erzwingen ihn. Nur im Kampf kann er erstehen. Viele werden darin nur Tod und Zerstörung erblicken. Manche glauben, das Ende der Welt zu erleben. In Wirklichkeit erleben wir nur das Ende des bisherigen Verhältnisses von Land und Meer. Doch die menschliche Angst vor dem Neuen ist oft ebenso groß wie die Angst vor dem Leeren, auch wenn das Neue die Überwindung des Leeren ist. Daher sehen jene Vielen nur sinnlose Unordnung, wo in Wirklichkeit ein neuer Sinn um seine Ordnung ringt. Der alte Nomos freilich entfällt und mit ihm ein ganzes System überkommener Maße, Normen und Verhältnisse. Aber das Kommende ist darum doch noch nicht nur Maßlosigkeit oder ein Nomos-feindliches Nichts. Auch in dem grausamen Krieg alter und neuer Kräfte entstehen gerechte Maße und bilden sich sinnvolle Proportionen.

Auch hier sind Götter und walten,
Groß ist ihr Maß.

66. La situation présente de la jurisprudence

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
20. Jg. (1944), S. 603–621

Mesdames et messieurs,

En parlant de la situation présente de la jurisprudence et surtout de la jurisprudence européenne, je dois m'attendre à des objections qui découlent de la situation politique momentanée de l'Europe qui aujourd'hui se déchire elle-même dans une effroyable guerre mondiale. Mais je me propose de parler strictement en juriste. Il est vrai qu'aujourd'hui aussi beaucoup de juristes pensent qu'il est inadmissible de parler d'une jurisprudence européenne. Et cela non seulement en raison des divisions politiques de l'Europe, mais encore pour un motif formel et spécifiquement juridique. Vous savez que depuis près d'un siècle, la théorie et la pratique de notre vie juridique sont dominées par un positivisme qui ne connaît que le droit de son propre État. Pour un tel positivisme il n'y a, par conséquent, qu'un droit portugais, allemand, français etc., tandis que, faute d'un État embrassant l'ensemble de l'Europe, il ne saurait y avoir ni de droit européen, ni, par conséquent, de jurisprudence européenne. Ainsi, vu sous cet angle positiviste et purement formel, notre sujet se trouverait déjà épuisé, car il n'existe ni droit européen ni science de droit européenne.

Du point de vue de ce positivisme étroit, il n'existe même plus de droit international européen. Pendant plusieurs siècles, jusque vers la fin du XIXe siècle, les diplomates et les juristes avaient identifié le droit des gens en général avec le droit international européen. Cela ne saurait plus exister du point de vue purement positiviste, qui sépare le droit international et le droit national d'une façon dualiste. Il construit un abîme entre ces deux sphères juridiques, à l'intérieur et à l'extérieur. Pour notre sujet, pour la jurisprudence européenne, ce dualisme entraîne la négation pure et simple de son existence. Car ou bien le juriste s'occupe du droit national intérieur d'un pays donné, et alors son regard se dirige exclusivement vers l'intérieur; ou bien il s'occupe du droit international, et alors il n'a affaire qu'à différents États dont les accords créent entre eux des relations juridiques, et le fait que ce sont précisément des États européens est pour lui un simple hasard sans aucune signification juridique. Alors que, du XVIIe au XIXe siècle, s'était développé un droit des gens européen, le droit international se dissout maintenant en d'in-

nombrables rapports interétatiques, détachés de tout espace géographique ou historique.

Cependant, une telle manière positiviste et formelle ne représente en réalité qu'une fiction, dont la valeur est très relative. Elle fait abstraction du contenu objectif du droit et déjà pour cette raison elle ne peut prétendre à dire le dernier mot sur le sujet qui nous occupe. Une interprétation scientifique et systématique doit tenir compte du contenu matériel des normes et de la teneur historique des institutions. Or, lorsqu'on examine le contenu, on obtient un tableau foncièrement différent de celui que nous offrent les constructions positivistes. Quant à leur contenu, les normes, contes et institutions essentiels s'accordent de manière frappante. Il existe une très forte communauté de traits du droit européen. Ce qui, au point de vue formaliste, apparaît comme une concordance fortuite ou un parallélisme sans intérêt juridique, devient, lorsqu'on considère le contenu même du droit, une communauté européenne avec un droit commun, un « common law » authentique.

Pour ce droit commun européen il y a dans chaque discipline de la science du droit – droit civil, droit commercial, droit pénal et de procédure – beaucoup d'exemples familiers à tout connaisseur et spécialiste. Le droit des différents États européens, tel qu'il se présente aujourd'hui, s'est développé au cours d'un processus continu de fécondations réciproques. Nous pouvons même, sans risquer de tomber dans une fausse exagération, hasarder cette affirmation: que toute l'histoire du droit des peuples européens est une histoire de réceptions. Ces réceptions ne signifient pas une simple adoption sans idée ni invention, mais comme un processus d'incorporations, d'adaptations et de fortes réactions réciproques. De telles réceptions sont quelque chose de naturel. Il en est ainsi dans l'histoire du droit, de même que dans l'histoire de l'art européen, de la peinture ou de la musique, où l'on emprunte constamment des formes et des thèmes, et là encore est valable cette affirmation d'un grand maître du XVIIe siècle, qui disait: « Il est permis d'emprunter, mais il faut rembourser l'emprunt avec intérêts. » C'est d'ailleurs ce que toutes les nations européennes auront fait, chacune à sa manière.

En premier lieu, il faut mentionner ici évidemment le grand fait qui domine tout, la réception du droit romain. Ce fait a déterminé durant de nombreux siècles l'histoire de la jurisprudence de toutes les nations européennes, non seulement de celles qui furent directement touchées par cette réception, mais encore de celles qui, comme l'Angleterre et les pays scandinaves, s'y sont opposées avec succès. Pendant des siècles, l'histoire de la jurisprudence européenne n'a été rien d'autre que l'histoire de la science du droit romain. Ce qui était enseigné dans les Écoles de Droit, dans les Universités et les Facultés de Droit, depuis leur fondation aux XIIe, XIIIe et XIVe siècles, c'était, à côté du droit canonique, avant tout le droit romain, lequel influença

pendant plus de cinq cents années la formation des concepts juridiques de toutes les langues européennes y compris les langues germaniques. La science du droit romain dans ses différentes manifestations, chez les glossateurs, les commentateurs, les légistes, les humanistes et les pandectistes était considérée comme la forme essentielle, pour ne pas dire unique de la jurisprudence, et un grand connaisseur et historien en cette matière, Rudolf Sohm, affirme que la réception du droit romain au Moyen-Âge n'était autre chose que la réception d'une science. Nous n'entendons pas soulever ici les nombreux problèmes historiques qui se posent pour chacune des nations européennes et pour chacune des différentes époques de la réception du droit romain. Le fait considéré dans son ensemble est […] impressionnant, non seulement pour l'histoire de la jurisprudence européenne, mais encore pour l'histoire de tout ce qu'on peut appeler en général la science et l'esprit européens.

Ce qui est presque aussi ancien que la réception du droit romain, c'est la controverse pour et contre cette réception, la lutte idéologique relative à son appréciation, à son utilité ou à son caractère nuisible pour le développement du droit national. Au cours des dix dernières années, cette lutte s'est rallumée tout particulièrement en Allemagne. Elle y a été menée avec la plus grande intensité sous tous les aspects. Là encore, la controverse a été la source de connaissances nouvelles. En ce qui concerne la renommée dont jouit le droit romain, le résultat de la controverse rappelle dans la plupart des cas un mot de Goethe qui a dit: « Il va du droit romain comme d'un canard qui s'enfonce fréquemment dans l'eau, mais qui revient toujours à nouveau à la surface. » Je sais de ma propre expérience et par de nombreuses conversations que bien des gens qui avaient tout d'abord violemment répudié le droit romain du point de vue national ou racial, avaient finalement reconnu que précisément l'ancien droit romain est un monument grandiose d'agriculteurs ariens. Aucun de ceux qui ont participé à cette discussion ne méconnaîtra aujourd'hui que l'ancien droit romain est une des plus grandes créations du sentiment du droit des peuples. De nombreuses institutions de ce vieux droit romain, notamment le droit familial et le droit successoral apparaissent historiquement sous un jour nouveau quand on les considère à la lumière de l'idée de race, c'est-à-dire de l'idée de lignée familiale. Mais la controverse autour du droit romain n'a pas seulement favorisé la science théorique du droit romain lui-même. Elle a aussi démontré que le processus d'influence réciproque continue à se développer, grâce précisément à l'attitude critique adoptée à l'égard des surestimations ou des sous-estimations d'autrefois dépourvues de sens critique. Il en résulte une compréhension nouvelle et plus profonde. Nous en trouvons un exemple important et impressionnant dans le fait qu'un vieux maître italien de la science du droit romain, le professeur Riccobono de l'Université de Rome, a tout récemment pu exposer, à l'Université de Berlin,

devant un auditoire d'élite, en langue latine sa conviction de la valeur éternelle des concepts du droit romain.

Toutes les nations européennes ont pris part à ce grand processus de la réception du droit romain, du moins par l'intermédiaire des Facultés de droit et de la Science juridique, toutes les nations européennes, mêmes celles où, comme en Angleterre, par suite de la résistance d'intérêts corporatifs ou pour d'autres motifs, la réception a échoué. Sous des titres et des désignations tels que «droit naturel» ou «droit rationnel» ou «notions générales», des milliers d'auteurs ont fait pénétrer, par un travail obstiné, les notions du droit romain dans la pensée européenne. Ils ont créé un inventaire d'idées, qui ont fini par dominer dans les différentes langues nationales. De cette manière, le droit romain est devenu une sorte de vocabulaire juridique commun, sans lequel les juristes des différentes nations n'auraient aucune possibilité de s'entendre. L'édifice culturel, érigé par l'esprit européen, repose sur cette base créée par la jurisprudence. Cette œuvre spirituelle n'est pas moins importante que les œuvres de l'art ou de la littérature européenne qu'on met souvent seules en lumière. Le fait historique de la réception du droit romain, qui se répercute jusqu'à nos jours dans tous les domaines de la vie culturelle, suffirait à lui seul pour nous autoriser à parler encore aujourd'hui d'une jurisprudence européenne.

Je pourrais nommer d'autres exemples importants d'une réception, embrassant toutes les nations comme le constitutionalisme du XVIIIe et XIXe siècle. Ce système de notions et d'institutions n'a pas seulement déterminé les constitutions écrites, mais encore le droit public entier et notamment la science du droit administratif, le droit pénal et les codes de procédure. L'évolution se poursuit dans les réalisations modernes du nouveau droit économique et le nouveau droit du travail. Par-delà les nombreuses frontières des États, il s'est créé des façons de penser et des notions communes qui permettent à tout juriste de formation scientifique d'un État européen de se reconnaître dans la structure juridique d'un autre État européen. Nulle part aucune nation européenne ne peut se soustraire à cette communauté des concepts du droit et de leur élaboration scientifique.

Néanmoins, cette jurisprudence se trouve dans une situation difficile et critique. Je ne voudrais pas aborder ici le sujet des effets de la guerre mondiale actuelle, et désirerais m'en tenir, si je puis ainsi m'exprimer, au problème intrinsèque de la jurisprudence. La crise de la jurisprudence débute il y a un siècle avec la domination d'un positivisme purement légalitaire. Nos pères et nos grands-pères, en écartant l'idée d'un droit naturel, virent dans le passage à ce positivisme légalitaire un grand progrès, un passage de l'illusion à la réalité. Cela commence en France avec les célèbres Codes de l'époque napoléonienne. Mais le véritable tournant ne se produisit qu'au milieu du

siècle. Il trouva son expression dans une phrase souvent citée du pandectiste allemand Windscheid: «Nous avons cessé de rêver le rêve du droit naturel». En prononçant cette phrase, le célèbre pandectiste allemand se croyait probablement très réaliste et sans doute aussi très positiviste. Il ne se doutait pas encore de la vraie question critique et ne voyait pas encore le danger avec la précision avec laquelle nous le voyons depuis la première guerre mondiale.

Cependant, le premier signal du vrai danger avait retenti et la question critique s'était posée déjà dès 48. Une conférence donnée à Berlin, peu de temps avant l'éclat de la révolution de 1848, déniait franchement à la jurisprudence le caractère et la valeur d'une science réelle. Cette confession s'intitulait en effet: *De la non-valeur de la jurisprudence en tant que science.* L'effet d'un tel titre devait être d'autant plus grand que l'auteur, un Monsieur von Kirchmann, était lui-même un juriste sérieux et réputé. De nombreuses controverses se rattachent encore aujourd'hui à cette curieuse conférence, et l'inquiétude qu'elle avait suscitée, il y a un siècle, persiste toujours. Alors, en quoi consiste, d'après cette conférence, la non-valeur de la jurisprudence en tant que science? La réponse décisive se trouve dans cette phrase: «Un trait de plume du législateur, et des bibliothèques entières deviennent du papier à mettre au rebut.» Une autre phrase employée dans le même passage est encore plus dure et plus brutale: «La loi positive fait du juriste un ver dans du bois pourri.» Jamais, déclare Monsieur von Kirchmann, la science ne rattrapera la loi. Le point névralgique devient ainsi immédiatement visible. En effet, que reste-t-il d'une science dont le sens et le but ne consistent qu'à commenter et à interpréter des ordres positifs, changeants sans cesse? La question des rapports de la loi fixée et écrite avec son élaboration juridique est un très vieux problème. Beaucoup de codifications sont elles-mêmes l'œuvre de juristes remarquables. La marge d'interprétation et de systématisation juridique en face d'une loi positive peut être très grande et le positivisme de la loi fixée n'a nullement besoin d'exclure ni une pratique judiciaire indépendante, ni une jurisprudence autonome. Une phrase qu'on pourrait autrement taxer de paradoxe acquiert une signification tout à fait pratique: «La loi peut être plus raisonnable que le législateur.» Tout en se soumettant à la loi en vigueur, la jurisprudence n'en sait pas moins parler au nom de la loi et le législateur confère à la jurisprudence une autorité propre et une dignité quasi législative, surtout en face d'une assemblée législative divisée. Dans cette situation la jurisprudence représente l'unité de la volonté juridique en face des groupements parlementaires et des partis égoïstes, qui composent l'assemblée législative.

Mais depuis la première guerre mondiale, cette situation relativement favorable à la jurisprudence s'est sensiblement modifiée dans la plus grande partie de l'Europe. Je sais que heureusement votre beau pays, le Portugal, est resté à part de cette évolution funeste et que vous avez réussi à continuer cette

coexistence heureuse de lois positives avec une science du droit, dont je viens de parler. Mais vous me permettrez de vous donner, en quelques traits serrés, une description du développement qui s'est poursuivi dans la plupart des autres pays. Depuis 1914, tous les grands événements historiques dans tous les pays européens ont contribué à rendre la procédure législative de plus en plus rapide et sommaire. La guerre et l'après-guerre, la mobilisation, la révolution et la dictature, les inflations et les déflations ont abouti, malgré tout ce qui les distingue, à un résultat identique dans tous les pays; elles ont simplifié et accéléré la procédure législative; elles ont abouti à des pleins pouvoirs accordés par les assemblées législatives aux gouvernements ou aux ministères, pour les autoriser à promulguer des décrets ayant force de loi. Le décret se substitua à la loi. Dans tous les pays, les juristes du droit constitutionnel manifestèrent leur inquiétude. Car en fin de compte, la Constitution désigne les assemblées législatives pour faire des lois et non pour déléguer ce pouvoir. Ainsi que l'a déjà dit le philosophe Locke: «les assemblées législatives sont en force de faire des lois, mais non point des législateurs». Mais en vain. Partout, chez les vainqueurs et chez les vaincus, la nécessité était trop forte et trop irrésistible d'adapter les mesures législatives aux circonstances qui changeaient rapidement. La machine législative accéléra son rythme à une cadence si inattendue que les interprétations de la jurisprudence positiviste ne parvenaient plus à la suivre.

On a dit des décrets qu'ils sont des «lois motorisées». La science juridique doit-elle courir après cette accélération et s'efforcer elle aussi de se motoriser? Tout juriste à l'esprit scientifique sentira le danger d'une telle course. Mais le point culminant de cette accélération n'était même pas encore atteint avec cette motorisation de la loi transformée en simple décret. De nouvelles accélérations se produisirent, surtout par suite de la réglementation des marchés et de l'économie dirigée. C'est ainsi que des mesures purement techniques sont venues s'ajouter aux décrets. Les mesures surpassent encore les décrets quant à la rapidité de leur promulgation et à la simplicité de leur notification, de sorte qu'on a pu dire que si le décret est une loi motorisée, ces mesures sont des décrets motorisés. C'est ainsi que disparaît complètement la marge d'une jurisprudence positiviste. On a pu dire, à juste titre, que la loi peut être plus raisonnable que le législateur. Mais on ne peut pas prétendre qu'une mesure prise en fonction d'une situation déterminée serait plus raisonnable que le service qui la prend et lequel est en possession des meilleurs moyens d'information et d'exécution.

Ainsi, c'est l'évolution des méthodes législatives qui a créé, indubitablement, une situation critique de la jurisprudence. On ne doit pas s'y méprendre. Mais je crois qu'il s'agit ici en réalité d'une crise de la méthode purement positiviste, plutôt que d'une crise de la jurisprudence en elle-même. La jurisprudence n'a pas à s'engager dans une course de vitesse avec les méthodes

motorisées des décrets et des mesures, course dans laquelle elle devrait nécessairement perdre le souffle. Elle doit plutôt se rappeler sa tâche scientifique et sauvegarder l'unité et le système conséquent qui se perdent dans l'abondance excessive des mesures. Cela n'exige pas une vitesse à perdre haleine, mais au contraire la concentration la plus profonde, l'observation calme et l'étude la plus fouillée.

Un grand exemple permet de reconnaître ce que ce retour de la jurisprudence à sa tâche et à sa propre dignité est capable d'accomplir. Je pense à l'exemple d'un juriste bien connu dans toute l'Europe: Savigny. En 1814 est paru son traité: *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit.* Ce traité touche précisément à notre sujet. Si on fait abstraction des détails liés à l'époque où il parut et si on considère sa tendance essentielle, ce traité est aujourd'hui plus actuel et, si on le comprend bien, encore plus positif qu'au moment où il fut conçu.

Quand nous parlons de l'Europe, il est utile de citer des noms et de dresser une liste des véritables Européens. Autrement la notion d'«Europe» reste dans l'incertitude et n'est qu'un programme susceptible d'interprétations contradictoires. Je crois qu'il y a peu de noms qui méritent de figurer à meilleur droit sur une liste des grands Européens, que le nom de F. C. de Savigny. Ce fils d'une famille de noblesse allemande de Lorraine, juriste et historien d'influence et de renommée européennes, fut un rénovateur de la jurisprudence du droit romain, et en même temps le fondateur de la doctrine selon laquelle l'esprit de la nation est le créateur de la langue et du droit. Il est l'initiateur du droit international privé moderne, un savant d'une vaste érudition et en même temps un grand seigneur et un homme du monde. Ce n'est point un hasard si ce fut précisément Savigny qui, par son traité de 1814: *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* apporta la réponse de la science, non seulement pour son propre temps, mais même, par anticipation, pour les problèmes plus ardus encore de notre situation présente.

Savigny, qui est-il pour nous? Cette question a été posée et discutée depuis des dizaines d'années, et les réponses semblaient devenir de plus en plus négatives. On lui reprocha de manquer d'activisme; on désapprouva son attitude de contemplation qu'on trouva trop passive. Selon une opinion courante, il n'aurait rien fait d'autre chose que de retarder la codification du droit civil allemand; il ne serait rien autre qu'un réactionnaire s'opposant à un développement moderne qui tendait impérieusement à la codification du droit. Dans l'ensemble, par son succès tout d'abord incontestable, il n'aurait remporté qu'une sorte de victoire très problématique, une victoire des professeurs de droit sur la bureaucratie ministérielle. Cette opinion très répandue est née de la mentalité positiviste et légaliste du XIXe siècle qui confondait le progrès

du droit avec la vitesse accélérée de la machine législative. On se bornait à enregistrer le fait purement négatif que Savigny déniait à son époque la vocation législative, et on ne s'apercevait pas que son traité est une grande et positive profession de foi en faveur de la jurisprudence, que sa négation de la codification entendait uniquement souligner la vocation pour la science du droit.

Vu sous l'angle des idées de Savigny, la situation de la jurisprudence européenne se présente, dans ses grandes lignes, comme suit. L'Angleterre fournit l'exemple d'une organisation corporative de juges et d'avocats, d'une organisation professionnelle de praticiens qui jouent le rôle de gardiens du droit. Le droit a ici un caractère purement pratique et trouve sa base dans des « précédents ». La France est le pays des légistes et des codifications législatives. Le droit devient ici une loi purement étatique. L'Allemagne, en la personne de Savigny, a essayé d'élever la science au rang de gardienne authentique du droit. Le fait que cette tentative typiquement allemande a échoué au XIX[e] siècle n'en diminue pas la grandeur et n'en supprime pas l'actualité. Une époque positiviste comme celle du XIX[e] siècle, soumise au règne de la technique ne pouvait plus se rendre compte de l'essentiel. Elle n'apercevait plus le danger que comportait la diminution du droit à une technique purement légalitaire. Savigny, en grand représentant de l'esprit européen, avait reconnu le danger, et cela vingt ans avant la publication d'un livre célèbre qui le premier en porta un diagnostic général. J'ai nommé le grand historien français Alexis de Tocqueville et son livre sur *La démocratie en Amérique* paru en 1835. Et ce n'était que plus de cent ans après le coup d'œil génial de Savigny que la grave crise entra dans la conscience générale.

La situation de la jurisprudence européenne, si nous en caractérisons les grands aspects séculaires, est définie par deux oppositions: celle entre la jurisprudence et la théologie, la métaphysique et la philosophie d'une part, et celle entre la technique pure et simple d'autre part. C'est le trait général de son existence spirituelle et de son évolution historique. Toujours la jurisprudence européenne s'est trouvée dans la nécessité de défendre des deux côtés son essence spécifique et son autonomie intellectuelle. C'est en luttant contre les Facultés de théologie que la jurisprudence européenne s'est développée, à partir du XII[e] siècle, en une science autonome avec une Faculté propre. Pour Savigny le droit naturel philosophique des XVII[e] et XVIII[e] siècles représentait le même adversaire, parce qu'il n'était, au fond, que de la théologie sécularisée. Le système de la philosophie hégélienne fut reconnu par Savigny comme un semblable danger pour la véritable jurisprudence. D'autre part, il considérait le positivisme légalitaire comme une attitude inférieure et non-scientifique. Il oppose à l'un et à l'autre le positivisme de la source historique pour défendre la jurisprudence non seulement contre la philosophie pure, mais aussi contre la technique pure. En s'abandonnant elle-même à la théologie et

à la philosophie, la jurisprudence cesserait d'être une science spécifique, elle se fondrait dans d'autres Facultés et abandonnerait les résultats d'un travail et d'une lutte de cinq siècles; elle cesserait d'être «positive», en prenant ce mot dans le sens que Savigny lui donna. En se soumettant à l'arbitraire des mesures légalitaires, la jurisprudence perdrait sa dignité en tant que science et tomberait au rang d'instrument d'une entreprise purement technique d'une planification sans droit. Alors, la jurisprudence ne constituerait plus une Faculté, elle aurait perdu son caractère universitaire, et sa place ne serait plus dans le cadre de l'Université, telle du moins que nous la comprenons en Europe. La jurisprudence européenne est le premier fruit de l'esprit européen moderne, du rationalisme occidental des temps modernes. Ses premiers pionniers furent les légistes, de grands révolutionnaires, qui subirent d'ailleurs le sort des vrais révolutionnaires. Aux XIIe et XIIIe siècles, lors de la renaissance du droit romain dans les villes de l'Italie du Nord et de l'Italie centrale est née la «Glose» du *Corpus Juris*, à une époque chaotique qui ne répondait nullement à l'idéal de sécurité du XIXe siècle, mais qui fit précisément pour cela comprendre aux hommes la nécessité d'une jurisprudence s'alimentant aux sources de la science. Au travers de luttes véhémentes la jurisprudence a conquis au cours du XIIIe siècle son rang de Faculté de Science, et elle l'a conservé dans les conditions tumultueuses de la féodalité en décadence. Le XIIe siècle, qui vit fleurir une jurisprudence humaniste, fut en même temps une époque de sanglantes guerres de religion. De grands juristes tombèrent victimes d'un fanatisme intolérant, et Jean Bodin, le créateur du droit moderne de l'État, n'échappa que par miracle à l'assassinat pendant les guerres civiles du XVIe siècle, dans la nuit de la Saint Barthélemy. Personne ne peut dire que le courage intellectuel, dont la jurisprudence a besoin comme tout autre science, lui ait fait défaut à cette époque chaotique des guerres de religion.

Le danger qui menace aujourd'hui l'esprit scientifique de l'Europe, ne vient plus de la théologie ni d'une métaphysique; il vient d'un technicisme déchaîné. Maintenant la jurisprudence doit s'affirmer sur un autre terrain. Nous autres juristes ne sommes ni des théologiens ni des philosophes, mais nous ne voulons pas être non plus de simples techniciens. Nous nous défendons contre la dégradation au rang d'instruments techniques, de même que nous nous sommes défendus autrefois contre la soumission à l'égard de la métaphysique. Des deux côtés, nous nous affirmons comme science autonome, comme jurisprudence. Nous accomplissons ainsi une tâche dont aucune autre forme ou méthode de l'esprit humain ne saurait nous décharger. Nous sauvegardons le fondement d'une existence humaine rationnelle, qui ne saurait se passer des principes du droit. Ces principes les voici: la reconnaissance, fondée sur le respect mutuel, de la personne; le sens de la logique et de la conséquence des concepts et des institutions; le sens de la réciprocité et celui de l'observation d'une procédure ordonnée. C'est dans la sauvegarde de

ce noyau indestructible de tout droit que réside la dignité que nous détenons, aujourd'hui, en Europe plus qu'à n'importe quelle autre époque et dans n'importe quelle autre partie du monde.

Qu'il me soit permis, à la fin de cet exposé, de faire ici une profession de foi se rattachant au traité de Savigny, traité qui est un grand appel en forme de la science du droit. En quoi réside le secret de l'effet extraordinaire produit par cet appel en Allemagne et dans toute l'Europe? De quelles sources profondes a jailli la force de cet auteur, pour qu'il obtînt un tel succès, qui n'était pas seulement extérieur, mais profond et intime, et qui, malgré toutes les codifications dans l'intervalle, persiste encore aujourd'hui, au milieu des bouleversements d'une guerre mondiale? Quant à ses argumentations, l'exposé de Savigny n'est nullement simple ni rigoureux. Malgré toute la beauté de la langue et du style, le lecteur attentif ne tarde pas à remarquer des contradictions frappantes. Je n'entends pas les approfondir ici, je me proposais uniquement de déclarer que ce n'est certes pas la logique rigoureuse de l'argumentation intellectuelle qui peut expliquer le succès triomphal de Savigny. À mon avis, le secret de l'influence énorme qu'il a exercée ne réside pas dans une telle ou telle argumentation particulière, exacte ou non, mais dans la situation morale qui confère une grandeur historique à son principal argument; je veux dire: dans le fait que ce sont en effet les nations jeunes et riches d'avenir, chez lesquelles la vie juridique n'est pas encore atteinte de la transformation du droit en une simple légalité étatique et en un mode de fonctionnement bureaucratique. «La légalité tue», le mot a été prononcé quelques années après l'apparition du traité de Savigny. Mais son traité a déjà nommé ce danger d'une destruction du droit par un mécanisme de normes et de mesures sans cesse renouvelées.

En 1814, lorsque Savigny éleva sa voix, le continent européen se trouvait encore sous l'effet fascinant qui émanait du Code Napoléon, regardé comme un modèle absolu. La fascination juridique fut plus forte que le succès militaire et politique du nouveau César, et survécut à son effondrement militaire et politique. La France était le pays des légistes et des codifications les plus modernes. C'est en France qu'on a pu dire dans ce temps-là qu'il ne s'agissait pas du droit civil mais seulement du Code civil. Selon les idées d'alors, l'évolution du droit en France se trouvait à la tête du progrès de la civilisation. Bien peu de gens, parmi lesquels Tocqueville dont j'ai déjà cité le nom, avaient reconnu dès cette époque que ce progrès tant glorifié de la civilisation n'était en réalité qu'une centralisation et mécanisation progressive. La brusque secousse de la révolution de 1848 ouvrit les yeux à beaucoup de gens, du moins pour un moment. Ce n'est pas par hasard que le mot de la légalité qui tue ait été prononcé précisément en France, pays des légistes, et précisément en face d'une situation qui menait à la révolution de 1848. Il est vrai que la

secousse révélatrice de 48 ne tarda pas à être suivie d'une réaction. L'évolution de la deuxième moitié du XIXe siècle s'est poursuivie sur la voie glissante de ce prétendu progrès, jusqu'à la légalité des mesures purement techniques.

Lorsque Savigny écrivit et publia son ouvrage, le technicisme creux n'était pas encore aussi grand qu'aujourd'hui, à l'époque des lois et des décrets motorisés. La force intellectuelle de Savigny ne nous en apparaît que plus grande et plus admirable. Cette force n'était pas uniquement l'affaire privée d'un homme génial. C'étaient les énergies intellectuelles et morales de l'époque des guerres napoléoniennes, et quand Savigny parlait de la jeunesse des nations c'était une jeunesse revenant des guerres de libération qui le comprenait. Au moment historique de 1814 ce fut en tout cas le génie de ces guerres libératrices qui suscitaient à la foi la force spirituelle de Savigny et l'enthousiasme de ses auditeurs et de ses lecteurs. C'est dans l'alliance de l'esprit scientifique et d'une conscience éveillée par les grands événements historiques que réside le véritable secret du grand appel de Savigny et de la dernière grande victoire que la jurisprudence ait remportée dans son histoire séculaire.

Je conclus sous l'impression immédiate de ma propre situation et de celle de mon pays. Je suis sûr que dans les souffrances et dans les terreurs de la guerre mondiale actuelle, naîtront de nouveaux germes de l'esprit scientifique. Même dans le bruit des batailles et sous la terreur des bombardements aériens ces germes sauront trouver le calme mystérieux indispensable à leur croissance, et ils finiront par s'épanouir au jour. Telle est la foi que je puise dans l'appel de Savigny à la science du droit. Avec une intensité accrue, l'esprit européen prendra conscience de lui-même, et le génie, qui ne nous a jamais abandonné au cours des périodes terribles dans le passé, nous sauvera aussi de la détresse présente.

Hinweise

Rechtschreibung und Interpunktionen in den Schriften folgen weitestgehend den Erstdrucken. Auszeichnungen werden generell in Kursivschrift wiedergegeben. Im Original fehlende Überschriften wurden in wenigen Fällen aus den Kontexten erstellt, der originale Textanfang ist angegeben.

2

In der 2. Auflage 1934 wurde der Text des Heftes dem Stand der gesetzlichen Regelungen vom 14. Oktober 1933 angepasst. Die Pläne und Möglichkeiten einer völligen Um- und Neugliederung des Deutschen Reiches wurden in den Auflagen nicht berücksichtigt.

10

Der Text ist mehrfach unter anderen Titeln nachgedruckt und in der Verlags-Gesellschaft Deutsche Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, Berlin, im 1933 als unpaginiertes Doppelblatt verbreitet worden.

13

Die Monographie erschien unverändert als selbständige Schrift in 2. und 3. Auflage 1933 bzw. 1935.

18

Der Vortrag zum 222jährigen Geburtstag Friedrich des Großen hatte den Titel „Heerwesen und staatliche Gesamtstruktur“. Die genannte Abhandlung erschien als Monographie mit dem Titel „Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten“ 1. Aufl. Hamburg 1934.

19

Ansprachen in der Nacht vom 15. zum 16. April 1934 von dem Reichsführer der Deutschen Studentenschaft, Dr. Oskar Stäbel, und dem Preußischen Staatsrat Prof. Carl Schmitt.

24

Der Text beruht auf einem Vortrag Carl Schmitts am 18.7.1934 in der Akademie für deutsches Recht Berlin.

26

Am 5. 11. 1933 tagte die Akademie für deutsches Recht mit der ersten Vollsitzung in Berlin. Am Nachmittag berichteten die Fachreferenten über die Ergebnisse der Ausschüsse; den letzten Vortrag hielt Carl Schmitt.

31

Beitrag zur Arbeitstagung der Akademie für deutsches Recht am Sonnabend, den 20.5.1934, im großen Sitzungssaal des Preußenhauses zu Berlin.

32

Die Vorbemerkung ohne Verfasserangabe in der Broschüre mit dem Teilabdruck der auf der Tagung vom 20. und 21. 12.1934 gehaltenen Vorträge und der Hinweis auf den getrennt davon veröffentlichten Vortrag des Referenten aus dem zuständigen Ministerium machen die Spannungen zwischen K. A. Eckhardt und Carl Schmitt deutlich. Dass die Vorbemerkung vom Herausgeber der Reihe stammt, ist dem relevanten Archivmaterials zu entnehmen.

37

Beitrag zur ersten Arbeitstagung im Rahmen der zweiten Jahrestagung der Akademie für deutsches Recht vom 26.–29.6.1935 in München.

39

Die auf dem Nürnberger Parteitag 1935 beschlossenen Gesetze zur Diskriminierung der Juden waren trotz der weiteren Radikalisierung der NS-Rassenpolitik das Ergebnis eines Kompromisses. Die bisherige Praxis, die Frage „Deutscher“ oder „Jude“ nach dem sog. Arierparagraphen in ‚arisch‘ und ‚nichtarisch‘ zu entscheiden, wurde jetzt differenziert und präzisiert: Unterschieden wurden jetzt Deutsche und Menschen ‚artverwandten Blutes‘ einerseits und verschiedene Kategorien von Juden andererseits, wie ‚Volljude‘ und ‚Mischlang ersten Grades‘. Damit waren die aus der Partei erhobenen Forderungen, etwa Juden und ‚Judenabkömmlinge‘ gleich zu behandeln, ‚Mischehen‘ zwangsweise zu lösen oder ‚arische‘ Ehepartner so wie Juden zu behandeln, erledigt. Es blieb die Drohung Hitlers, bei einer Prüfung der Wirksamkeit der gesetzlichen Behandlung der Judenfrage notfalls der Staatsbürokratie die Zuständigkeit zu nehmen und doch noch der Partei zu übertragen.

45

Am 7. März 1936 waren deutsche Truppen in das Gebiet des entmilitarisierten Rheinlands einmarschiert.

46

Es handelt sich um eine Zusammenfassung des Vortrages „Die heutigen Theorien des Politischen“, den Carl Schmitt am 16.4.1936 im Instituto Italiano di Studi Germanici in Rom gehalten hat, nachdem er am 15.4.1936 von Mussolini in einer Privataudienz empfangen worden war.

48

Den Vortrag, vermutlich in deutscher Sprache, hielt Carl Schmitt auf seiner Italienreise am 17.4.1936 in Mailand in der Gesellschaft „Circolo Giuridico di Milano“ unter dem Vorsitz von Prof. Oreste Ranelletti.

49

Mit diesem programmatischen Artikel zum Deutschen Juristentag am 16.–19. Mai 1936 in Leipzig, der direkt nach den Grußworten von Frank, Hess, Göring, Goebbels, Gürtner u. a. abgedruckt wurde, versuchte Carl Schmitt den NS-Juristenbund als „berufsständische Organisation aller deutschen Rechtswahrer“ als Machtbasis gegenüber seinen weltanschaulichen Gegnern in SS und SD zu erhalten.

56

Über das Filmurheberrecht wurde anlässlich der Entwicklung des Tonfilms in den 1930iger Jahren zwischen Drehbuchautoren, Schauspielern, Komponisten, Regisseuren und Produzenten gestritten, wem die Urheberschaft am Film zuzuerkennen sei. Unter den Institutionen, die sich mit dem Filmrecht und seiner Reform befassten, war der Filmrechtsausschuss der Akademie für deutsches Recht eine der wichtigsten. Die Ausführungen Carl Schmitts waren gegen den Entwurf des Berichterstatters, Georg Roeber, gerichtet, dass beim Herstellungsvorgang eines Films ein neues Rechtsobjekt entstehe, an das der Filmhersteller ein originäres Urheberrecht habe. Für den Abschnitt „Urheberschaft am Film“ wurde auf Anregung von Carl Schmitt eine eigene Ausschusssitzung am 18.2.1936 anberaumt, auf der er seine Auffassung vortrug, dass letztlich der Verfasser des Drehbuches Urheber sei; er legte hierzu auch einen Gesetzesentwurf vor. In der nachfolgenden Sitzung am 17.7.1936 verteidigte Carl Schmitt seine Auffassung, die von den Mitgliedern des Ausschusses weitgehend abgelehnt wurde. Später einigte sich der Ausschuss auf einen scheinbaren Kompromiss, indem Spielleiter und Hersteller nicht Urheber seien, sondern nur als solche gelten sollten. Im verabschiedeten Gesetzentwurf wurde gleichwohl das Verfügungsrecht des Herstellers im Sinne der Ausschussmehrheit ausgeweitet und ausgestaltet. Das Reformgesetz ist außer in einer Entwurfsfassung nie Realität geworden. Siehe Albrecht Götz von Olenhusen, Filmkünstler und Filmproduzenten zwischen Urheberrecht und gewerblichem Rechtsschutz. Die Filmurheberrechtsreform in der Zwi-

schenkriegszeit 1929–1939, in: Thomas Gerken (Hg.), Vom Reichshofrat zur Reichsfilmkammer. Privilegienpraxis und Urheberrecht an Büchern und Filmen (16.–20. Jahrhundert). Duncker & Humblot, Berlin 2019, S. 324–401 sowie ders., Carl Schmitt gegen die NS-Filmindustrie. Das Filmurheberrecht in der Akademie für deutsches Recht 1934–1939, Myops, Heft 32 (Januar 218), S. 52–61.

57

Der Entwurf einer Strafverfahrensordnung der Strafprozesskommission des Reichsjustizministeriums war streng vertraulich, sodass die Stellungnahmen vom Arbeitsausschuss des NS-Rechtswahrerbundes und dem Strafprozessrechtsausschuss der Akademie für deutsches Recht alle Hinweise auf den Entwurf fortlassen mussten. Siehe Werner Schubert (Hg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, III. Abtlg., Bd.1, de Gruyter, Berlin/New York 1991, S. IX. Der Entwurf, der gegen die von Justizminister geplanten Reformpläne gerichtet war, blieb folgenlos, da die NS-Führung jede Festlegung vermeiden wollte.

Der Entwurf wurde teilweise abgedruckt in: Otto Rink (Hg.), Neuordnung des Strafverfahrensrechts. Denkschrift des NS-Rechtswahrerbundes zum Entwurf einer Strafverfahrensordnung, einer Friedensrichter-und Schiedsmannsordnung und eines Gerichtsverfahrensgesetzes des Reichsjustizministeriums. Deutscher Rechts-Verlag, Berlin 1937, S. 81–111 (enthält die Vorbemerkung, den 3. und 4. Abschnitt sowie die Schlußfolgerungen). Der Notar Otto Rink war ab 1937 Nachfolger Carl Schmitts als Vorsitzender des Ausschusses für Strafverfahrensrecht, Gerichtsverfassung und Strafvollzug im NS-Rechtswahrerbund.

Die hier abgedruckte vollständige Fassung beruht auf der Broschüre mit dem Text des Entwurfs aus dem Nachlass von Carl Schmitt im Landesarchiv NRW, Abtlg. Rheinland, Signatur RW 579 Nr. 943 (S. 1–16). Neben dem handschriftlichen Besitzvermerk rechts oben „Carl Schmitt“ hat der Verfasser in der Mitte der Titelei hinzugefügt „Referent: Prof. Dr. Carl Schmitt“.

58

Seit Winter 1935 wusste Carl Schmitt, dass er von der SS als Gegner eingestuft wurde. Nachdem er 1936 im Laufe des Jahres die sich zuspitzende Lage erkannte, versuchte er seiner Entmachtung durch eine sich verstärkende judenfeindliche Haltung entgegen zu wirken. Als Leiter der wissenschaftlichen Abteilung des NS-Juristenbundes veranstaltete er am 3. und 4. Oktober eine Tagung zum Judentum in der Rechtswissenschaft. Um sich abzusichern, wurde auch der Spezialist für Rassenhygiene, Falk Ruttke, für einen Vortag gewonnen, in dem er sich allerdings von der Position Schmitts absetzte. Be-

zeichnend für den Niedergang von Schmitts Einfluss war, dass die fest eingeplanten Redner zur Tagungseröffnung, Hans Frank und Julius Streicher, ebenso abgesagt hatten wie viele der Carl Schmitt nahestehenden Rechtswissenschaftler, wie die in dessen Nachlass vorhandene Teilnehmerliste (RW 265 Nr. 21745) belegt.

59

Im Zuge seiner Entmachtung, ausgelöst durch die Artikel vom 3. und 10. Dezember 1936 in der SS-Zeitschrift „Das Schwarze Korps“, verlor Carl Schmitt u. a. das Amt des Herausgebers der Deutschen Juristen-Zeitung, die zugleich eingestellt wurde. Der Reichsjuristenführer Hans Frank stellte am Ende seines auf Seite 1 der Zeitschrift gedruckten Beitrages „Zum Abschluss“ fest: „Die ‚Deutsche Juristen-Zeitung‘ hat in den vergangenen zweieinhalb Jahren mit Erfolg im Inland, nicht zuletzt aber auch im Ausland, für das Verständnis der nationalsozialistischen Rechtsidee gekämpft. Dafür ihrem Herausgeber, Staatsrat Professor Dr. *Carl Schmitt*, und seinen Mitarbeitern, der Schriftleitung und dem Verlag meinen Dank auszusprechen, ist mir ein Bedürfnis; denn es gehörte Mut dazu, der ganzen noch vielfach antideutsch beeinflussten wissenschaftlichen Welt gegenüber ohne Rücksicht auf die dauernden, leider auch sehr persönlichen Angriffe, insbesondere auf den Herausgeber Carl Schmitt, die Linie nationalsozialistischen Rechtskämpfens durchzuhalten. Die große Leistung Carl Schmitts für die Erneuerung des deutschen Rechts wird für alle Zeiten ein stolzes Zeugnis deutscher geistiger Führung sein.“

61

Die Zeitschrift „The XXth Century“ erschien von 1941 bis 1945 in Shanghai mit Unterstützung des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reiches. Chefredakteur war Klaus Mehnert (1914–1984), Osteuropahistoriker, Politikwissenschaftler und Publizist.

62

Der Sammelband enthält die spanischen Übersetzungen „La época de la neutralidad“, „Theología política“ und „El concepto de la política“ von Francisco Javier Conde, die auf den Ausgaben beruhen von „Das Zeitalter der Neutralsierungen und Entpolitisierungen“ (in der Ausgabe vom „Begriff des Poltischen“, München/Leipzig 1932) sowie von „Politische Theologie“, 2. Auflage, München/Berlin 1934 und „Der Begriff des Politischen“, Hamburg 1933.

63 u. 64

Leicht veränderte Teilabdrucke aus Carl Schmitt, „Land und Meer", Leipzig 1941

66

Der Vortrag „La situation présente de la jurisprudence" ist von Carl Schmitt in Coimbra am 16. Mai 1944 auf Französisch gehalten und im „Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" veröffentlicht worden. Carl Schmitt hat diesen Vortrag auf Einladung der juristischen Fakultäten und anderer Institutionen auch an den Universitäten in Bukarest im Februar bzw. im November 1943 in Budapest auf Deutsch, in Madrid und in Barcelona im Mai 1944 auf Spanisch und schließlich im Dezember 1944 in Leipzig gehalten. In bearbeiteter und wesentlich erweiterter Form erschien der Vortrag 1950 im Internationalen Universitäts-Verlag Tübingen als selbständige Schrift mit dem Titel „Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft". Dort hatte der Verfasser im Vorspann festgehalten: „Dieser Vortrag, der vor mehreren der hervorragendsten Juristischen Fakultäten Europas gehalten wurde, sollte in der Festschrift zum 60. Geburtstag von Johannes Popitz am 2. Dezember 1944 erscheinen. Er wird hier aus besonderen Gründen von der Festschrift getrennt für sich veröffentlicht. Auch in dieser Form ist er der Erinnerung an Johannes Popitz gewidmet".

Bibliographie

Carl Schmitt, Schriften 1933 bis 1944

In dieser bibliographischen Zusammenstellung werden zunächst die selbständig erschienenen Schriften nach den Jahren der Erstveröffentlichung angeführt, danach die in Zeitschriften und Sammelwerken veröffentlichten. Die in den Band aufgenommenen Schriften werden **halbfett** hervorgehoben.

Nicht berücksichtigt werden Übersetzungen, Nachdrucke und unveränderte Nachauflagen, auch aus der Zeit vor 1933, ebenso Vortragsreferate, dem Autor zugeschriebenen Werke oder posthum erschienene Werke. Ausgenommen sind Wiederabdrucke in den Sammelwerken *Positionen und Begriffe* (Hamburg 1940), *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (Berlin 1958), *Staat, Großraum, Nomos* (Berlin 1995), *Frieden oder Pazifismus* (Berlin 2005) – sie sind jeweils mit den Abkürzungen *PuB*, *VA*, *SGN* bzw. *FoP* gekennzeichnet.

1933

Das Reichsstatthaltergesetz
Reihe „Das Recht der nationalen Revolution“, Band 3, Berlin 1933, 24 Seiten
Die 2. Aufl. (1934) ist stark verändert.

Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit
Reihe „Der deutsche Staat der Gegenwart“, Heft 1, Hamburg 1933, 51 Seiten

Der Begriff des Politischen
Hamburg 1933, 61 Seiten

*

Die Stellvertretung des Reichspräsidenten
in: Deutsche Juristen-Zeitung 38 (1933), Sp. 27–31
VA

Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland
in: Europäische Revue 9 (1933), S. 65–70
PuB, VA

Machtpositionen des modernen Staates
in: Deutsches Volkstum 15 (1933), S. 225–203
VA

Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933
in: Deutsche Juristen-Zeitung 38 (1933), Sp. 455–458

Das gute Recht der deutschen Revolution
in: Westdeutscher Beobachter Nr. 108 v. 12. Mai 1933

Die deutschen Intellektuellen
in: Westdeutscher Beobachter Nr. 126 v. 31. Mai 1933

Der Staat des 20. Jahrhunderts
in: Westdeutscher Beobachter Nr. 151 v. 28. Juni 1933

Die Bedeutung des neuen Staatsrats
in: Westdeutscher Beobachter Nr. 169 v. 16. Juli 1933

Ein Jahr deutsche Politik – Rückblick vom 20. Juli 1932 – von Papen über Schleicher zum ersten deutschen Volkskanzler Adolf Hitler
in: Westdeutscher Beobachter Nr. 176 v. 23. Juli 1933

Führertum als Grundbegriff des Nationalsozialistischen Rechts
in: Europäische Revue 9 (1933), S. 676–679

Frieden oder Pazifismus?
in: Deutsche Allgemeine Zeitung v. 10. November 1933
FoP

Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis
in: Deutsches Recht 3 (1933), S. 201–202

USA und die völkerrechtlichen Formen des modernen Imperialismus
in: Auslandsstudien, 8.Bd.: Die Vereinigten Staaten von Amerika, Königsberg 1933, S. 117–142 [Vortrag v. 20.2.1932]
FoP

Der Neubau des Staats- und Verwaltungsrechts
in: Rudolf Schraut (Hg.), Deutscher Juristentag 1933, Berlin 1933, S. 242–252

Die Verfassungslage Deutschlands
in: Preußische Justiz – Rechtspflege und Rechtspolitik Nr. 42, Ausgabe A (1933), S. 479–482

1934

Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens
Reihe „Schriften der Akademie für deutsches Recht“, Hamburg 1934, 67 Seiten

Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. – Der Sieg des Bürgers über den Soldaten.
Reihe „Der deutsche Staat der Gegenwart“, Heft 6. Hamburg 1934, 49 Seiten.

Nationalsozialismus und Völkerrecht
Reihe „Schriften der Deutschen Hochschule für Politik“, Heft 9, Berlin 1934, 29 Seiten
FoP

*

Bericht über die Fachgruppe Hochschullehrer im BNSDJ
in: Deutsches Recht 4 (1934), S. 17

Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsstaat
in: Deutsches Recht 4 (1934), S. 27–30

Das Neue Verfassungsgesetz
in: Völkischer Beobachter Nr. 32 v. 1. Februar 1934

Nationalsozialismus und Rechtsstaat
in: Deutsche Verwaltung 11 (1934), S. 35–42

Die Logik der geistigen Unterwerfung
in: Deutsches Volkstum 16 (1934), S. 177–182

Ansprachen in einer Richstrahlensendung Dr. Stäbels und Professor Carl Schmitts nach Amerika
in: Academia 47 (1934), 1, S. 11–12

Nationalsozialistisches Rechtsdenken
in: Deutsches Recht 4 (1934), S. 225–229

Geleitwort. Der Weg des deutschen Juristen
in: Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934), Sp. 691–698

Unsere geistige Gesamtlage und unsere juristische Aufgabe
in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1 (1934), S. 11–12

Konfliktserhebung bei Schadenersatzansprüchen gegen Staat und Körperschaften des öffentlichen Rechts?
in: Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934), Sp. 776–780

Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934
in: Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934), Sp. 945–950
PuB

Die Neugestaltung des öffentlichen Rechts. Bericht über den Ausschuss „Staats- und Verwaltungsrecht“
in: Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht, 1 (1933/34), München 1934, S. 63–64

Sowjetunion und Genfer Völkerbund
in: Völkerbund und Völkerrecht 1 (1934/35), S. 263–268
FoP

Rezension: Ulrich Scheidtmann, Der Vorbehalt beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge, Berlin 1934
in: Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934), Sp. 1286–1287
FoP

Rezension: Hans Gerber, Auf dem Wege zum neuen Reiche, Stuttgart 1934
in: Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934), Sp. 1474

Die Verfassungsmäßigkeit der Einsetzung von Staatskommissaren
in: Danziger Juristen-Zeitung 13 (1934), S. 113–116

Bericht über den Ausschuß für Staats- und Verwaltungsrecht
in: Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht, 1 (1933/34), München 1934, S. 207–211

1935

Vorbemerkung des Herausgebers. Bericht über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts. Von Heckel-München, Henkel-Marburg, Walz-Breslau, Larenz-Kiel
Hamburg 1935

Rezension: Hermann Savelkouls, Das englische Kabinettsystem, München/Berlin 1934
in: Deutsche Juristen-Zeitung 40 (1935), Sp. 107–109

Paktsysteme als Kriegsrüstung. Eine völkerrechtliche Betrachtung
in: Münchner Neueste Nachrichten Nr. 90 v. 31. März 1935
FoP

Über die innere Logik der Allgemeinpakte auf gegenseitigen Beistand
in: Völkerbund und Völkerrecht 2 (1935/36), S. 92–98
PuB, FoP

Legal opinion concerning the Constitutional Character of the Law to relieve the Distress of People and State, passed by the Popular Assembly and Senate of the Free City of Danzig in the Form of an Ordinary Law and promulgated as such on June 24th, 1933 (Gesetzblatt für die Freie Stadt Danzig 1933, page 273)
in: Official Journal League of Nations, June 1935, S. 775–785

Die Rechtswissenschaft im Führerstaat
in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 2 (1935), S. 435–440

Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung
in: Deutsche Juristen-Zeitung 40 (1935), Sp. 919–925

Die Verfassung der Freiheit
in: Deutsche-Juristen-Zeitung 40 (1935), Sp. 1133–1135

Der Rechtsstaat
in: Hans Frank (Hg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 24–32
SGN

Was bedeutet der Streit um den ‚Rechtsstaat'?
in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 95 (1935), S. 189–201
SGN

Einleitung und Nachwort
zu Günther Krauß und Otto von Schweinichen, Disputation über den Rechtsstaat, Hamburg 1935, S. 7–8 und 84–88

1936

Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft
in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp. 15–21

Rezension: Francisco Javier Conde, El Pensamiento Político de Bodino, Madrid 1935
in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 Jg. (1936), Sp. 181–182

Sprengung der Locarno-Gemeinschaft durch Einschaltung der Sowjets
in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp. 337–341
FoP

Die Ära der integralen Politik
(Übersetzung der ital. Abhandlung „L'era della política integrale")
in: Lo Stato, Roma, 7 (1936), S. 191–196

Faschistische und nationalsozialistische Rechtswissenschaft
in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp. 619–620

Die Grundzüge des nationalsozialistischen Staates
(Übersetzung der ital. Abhandlung „I caratteri dello stato nazionalsocialista")
in: Oreste Ranelletti (Hg.), Gli Stati europei a partito politico unico, Milano 1936, S. 37–52

Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes
in: Deutsches Recht 6 (1936), S. 181–185

Die Bedeutung des Rheinbundes für die spätere deutsche Verfassungsgeschichte
in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp. 624–625

Die siebente Wandlung des Genfer Völkerbundes. Eine völkerrechtliche Folge der Vernichtung Abessiniens
in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp. 785–789
PuB, FoP

Die nationalsozialistische Gesetzgebung und der Vorbehalt des „ordre public" im Internationalen Privatrecht
in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 3 (1936), S. 204–211

Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen „Legislative Delegationen"
in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 6 (1936), S. 252–268
PuB

Politik
in: Hermann Franke (Hg.), Handbuch der neuzeitlichen Wehrwissenschaften, Band 1, Wehrpolitik und Kriegsführung. Berlin 1936, S. 447–449
SGN

Über die neuen Aufgaben der Verfassungsgeschichte
in: Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht, 3, München 1936, S. 10–15
PuB

Zum Urheberrechtsbegriff beim Tonfilm. Gesetzentwurf betr. das Urheberrecht an Filmwerken
in: Werner Schubert (Hg.), Akademie für deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse, Band XXII. Ergänzungen und Nachträge (1934–1942), Berlin 2015, S. 94–100, 113,128–132

Stellungnahme der Wissenschaftlichen Abteilung des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes zu dem von der amtlichen Strafprozeßkommission des Reichsjustizministeriums aufgestellten Entwurf einer Strafverfahrensordnung
Als Manuskript gedruckt. Abgeschlossen am 12. September 1936 [Teilweise abgedruckt in: Otto Rink (Hg.), Neuordnung des Strafverfahrensrechts, Deutscher Rechts-Verlag, Berlin 1937, S. 81–111]

Eröffnung der wissenschaftlichen Vorträge und Schlußwort
in: Das Judentum in der Rechtswissenschaft. Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer der N.S.D.A.P. am 3. und 4. Oktober 1936, Band 1: Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, Berlin 1936, S. 14–17 und 28–34

Schlußwort des Herausgebers der Deutschen Juristenzeitung
in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp.1453–1456

1937

Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat
in: Völkerbund und Völkerrecht 4 (1937/38), S. 139–145
PuB, FoP

Der Begriff der Piraterie
in: Völkerbund und Völkerrecht 4 (1937), S. 351–354
PuB, FoP

Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes
in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 30 (1937), S. 158–168
SGN

1938

Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols
Hamburg 1938, 132 Seiten

Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff
Reihe „Schriften der Akademie für deutsches Recht. Gruppe Völkerrecht“, Heft 5, München/Leipzig 1938, 58 Seiten

*

Das neue Vae Neutris
in: Völkerbund und Völkerrecht 4 (1937/1938), S. 633–638
PuB, FoP

Grußbotschaft an die Hobbes-Gesellschaft in Kiel, 5. April 1938
Thomas Hobbes von Malmesbury zum 5. April 1938
in: C. v. Brockdorff (Hg.), Zum Gedächtnis des 350. Geburtstages von Hobbes, Kiel 1938, S. 15

Völkerrechtliche Neutralität und völkische Totalität
in: Monatshefte für Auswärtige Politik 5 (1938), S. 613–618
PuB, FoP

Selbstanzeige: „Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff"
in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht 8 (1938), S. 588–591
FoP

1939

Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht
Reihe „Schriften des Instituts für Politik und Internationales Rechts an der Universität Kiele" NF 7. Berlin/Wien/Leipzig 1939, 88 Seiten. 2. bearb. Aufl. 1940. 3. bearb. u. erw. Aufl. 1941. 4. erw. Aufl. 1941.

*

Rezension: Neutralität und Neutralisierung. Zu Christoph Steding, Das Reich und die Krankheit der europäischen Kultur, Hamburg 1938
in: Deutsche Rechtswissenschaft 4. Jg. (1939), S. 97–118
PuB

Der Reichsbegriff im Völkerrecht
in: Deutsches Recht 9 (1939), S. 341–344
PuB

Großraum gegen Universalismus. Der völkerrechtliche Kampf um die Monroedoktrin
in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 6 (1939), S. 333–337
PuB

Inter pacem et bellum nihil medium
in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 6 (1939), S. 594–595
FoP

Rezension: Heinrich Triepel, Führung und Hegemonie, Stuttgart 1938
in: Schmollers Jahrbuch 63 (1939), S. 513–520
SGN

1940

Positionen und Begriffe im Kampf um Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939
Hamburg 1940, 322 Seiten

*

Über die zwei großen „Dualismen" des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die Unterscheidung von Völkerrecht und staatlichem Recht zu der innerstaatlichen Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht?
in: Styianos Sériadées (Hg.), Mélanges Streit. [Festschrift für Georgios Stellos Streit]. Bd.. 2, Athen 1940, S. 315–328
PuB

Über das Verhältnis von Völkerrecht und staatlichem Recht
in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 7 (1940), S. 4–6
FoP

Reich und Raum. Elemente eines neuen Völkerrechts
in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 7 (1940), S. 201–203
[Übernommen als Kap. 6 für die 4. Aufl. von Völkerrechtlicher Großraumordnung, 1941]

Die Raumrevolution. Durch den totalen Krieg zu einem totalen Frieden
in: Das Reich, Berlin, Nr. 19 v. 29. September 1940, S. 3
SGN

Die Auflösung der europäischen Ordnung im ‚International Law' (1890–1939)
in: Deutsche Rechtswissenschaft 5 (1940), S. 267–278
SGN

Das ‚allgemeine deutsche Staatsrecht' als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung
in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 100 (1940), S. 5–24
SGN

Raum und Großraum im Völkerrecht
in: Zeitschrift für Völkerrecht 24 (1940), S. 145–179
SGN

Die Stellung Lorenz von Steins in der Geschichte des 19. Jahrhunderts
in: Schmollers Jahrbuch 64 (1940), S. 641–646
SGN

Der neue Raumbegriff in der Rechtswissenschaft
in: Raumforschung und Raumordnung 4. Jg. (1940), Seiten 440–442
[Übernommen als Kap.7 für die 4. Aufl. von Völkerrechtlicher Großraumordnung, 1941]

Reich – Staat – Bund (1933). [Antrittsvorlesung gehalten an der Kölner Universität am 20. Juni1933]
in: Carl Schmitt, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles, Hamburg 1940, S. 190–198

Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind (1938)
in: Carl Schmitt, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles, Hamburg 1940, S. 244–251

1941

„Grossraum" and „Realm". New Terms for International Law
in: The XXth Century 1 (1941), S. 114–119

Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den Gegensatz von Land und See im Völkerrecht der Neuzeit
in: Das Reich und Europa, Leipzig 1941, S. 79–105
VA, SGN

Das Meer gegen das Land
in: Das Reich, Berlin, Nr. 10 v. 9. März 1941, S. 1–2
SGN

Vorwort zur spanischen Ausgabe von „Politische Theologie" und „Der Begriff des Politischen"
(Übersetzung der spanischen Vorrede "Prólogo del autor a la edición española")
in: Estudios políticos**,** Verlag Cultura española, Madrid 1941 [ohne Pagina]

1942

Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung
Reihe „Universalbibliothek", Nr. 7536, Leipzig 1942, 76 Seiten

*

Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten
in: Deutschland-Frankreich. Vierteljahrsschrift des Deutschen Instituts/Paris, 1. Jahr, Nr. 2, 1942, S. 1–30
SGN

Beschleuniger wider Willen oder: Problematik der westlichen Hemisphäre
in: Das Reich, Berlin, Nr. 16 v. 19. April 1942, S. 3–5
SGN

Raumrevolution. Vom Geist des Abendlandes
Deutsche Kolonialzeitung 54 (1942), S. 219–221

Rezension: Rudolf Suthoff-Groß, Die Rechtsstellung des Bürgermeisters in seinem Verhältnis zum Staat und zu den übrigen Beamten der Gemeinde, Berlin 1941
in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 102 (1942), S. 386–391

1943

Behemoth, Leviathan und Greif. Vom Wandel der Herrschaftsformen
in: Deutsche Kolonialzeitung 55 (1943), S. 30–33

Die letzte globale Linie
in: Marine-Rundschau 48 (1943), S. 521–527
SGN

Cambio de estructura del Derecho Internacional. Conferencia del Profesor de la Universidad de Berlin Dr. Carl Schmitt en el Instituto de Estudios políticos
in: Revista de Estudios políticos, Madrid, Juni 1943, S. 3–36
FoP (deutsche Übersetzung)

1944

La situation présente de la jurisprudence
in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 20 (1944), S. 603–621

Personenregister

Carl Schmitt wurde nicht aufgenommen, das gilt ebenso für indirekte Nennungen („der Führer“, „der Reichspräsident“ etc.).

Sachregister